دكتور نصر فريد محمد واصل
مفتي الديار المصرية

المدخل الوسيط

لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع

المكتبة التوفيقية

دكتور نصر فريد محمد واصل
مفتي الديار المصرية

المدخل الوسيط

لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع

المكتبة التوفيقية
أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

وبعد ،،

فهذه مقدمة الطبعة الثانية لكتابنا «**المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية فى الفقه والتشريع**» وذلك بعد نفاد الطبعة الأولى من زمن بعيد بناء على طلب كثير من الباحثين وطلاب العلم وكنت عازمًا على التعديل والتغيير فى بعض الجوانب العلمية التى وردت بالكتاب مما يحتاج إليها زيادة فى التوضيح أو البيان خدمة للعلم وأهله وذلك بناء على ما أفاء الله علينا به من زاد علمى جديد بعد إعادة قراءة الكتاب أكثر من مرة ولكن كثرة الأعباء العلمية والانشغال فى جوانب أخرى من البحوث حالت دون ذلك فقررت إعادة طبعته كما هى بدون تعديل أو تغيير لخدمة طلاب العلم والبحث فى مجال الفقه والتشريع لخدمة الإسلام والمسلمين .

والله ندعو أن يقبل منا هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم

والله الموفق والهادى إلى سواء السبيل .

دكتور

نصر فريد محمد واصل

مفتى الديار المصرية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

وبعد ،

فهذه بحوث تتعلق بمدخل الفقه الإسلامى والشريعة والتشريع قصدنا منها إلقاء الضوء على الفقه الإسلامى وتقريبه للأفهام وكيفية الوصول إليه وبيان القواعد التى تحكمه آملين فى الله أن يكون ذلك عونًا على وجود القاعدة العامة العريضة التى تفهم الشريعة الإسلامية بلغة العصر فهما صحيحًا يكون وسيلة لتطبيق نصوصها التشريعية وأحكامها فى كل مجالات الحياة حتى تُحل جميع مشاكلهم الاجتماعية ويتحقق التكافل الاجتماعى بينهم ويسعد الناس بدنياهم فى هذه الحياة الحاضرة كما يسعدون عند الله من بعدُ فى الدار الأخرى الدائمة الخالدة .

وفقنا الله لهذا العمل وجنبنا شدة الخطأ والزلل وهدانا إلى طريق الهدى والصواب إنه نعم المولى ونعم النصير ،

الباب الأول

مفهومات اصطلاحية

المبحث الأولى

(مفهوم مدخل الفقه الإسلامى)

١ - إن مفهوم هذا العنوان يتحدد من خلال توضيح معنى كلمة (مدخل) وكلمة (الفقه) وكلمة (الإسلام) كل منها على حدة مجردة عن الإضافة ككلمات مفردة ثم على معنى الإضافة باعتبارها علم على ذلك المنهج الذى سنتناوله بالدراسة بعد قليل .

معنى كلمة (مدخل) :

المدخل (اسم مكان) من دخل الثلاثى على وزن (فعل) يدخل ، والمصدر (دخول) على وزن (فعول) واسم الفاعل (داخل) على وزن (فاعل) واسم المفعول (مدخول) على وزن مفعول أو هو (مصدر ميمى) لدخل الثلاثى أيضا - تقول دخل يدخل مدخلا . وعلى هذا فهو يشمل المعانى والمبانى فى اللغة العربية .

فيقال: فلان حسن المدخل والمخرج ؛ أى حسن الطريقة محمودها ، وفى الحديث (إن من النفاق اختلاف المدخل والمخرج واختلاف السر والعلانية) ، قال شمّر : أراد باختلاف المدخل والمخرج سوء الطريقة .

ويقال أيضًا : دخلت مدخلاً حسنًا أى مكانًا جميلاً ، ودخلت مدخل صدق أى مكان صدق[١] . وعلى هذا يصح أن يكون المدخل طريقًا أو بابًا موصلاً إلى معنى آخر أو مكان آخر طريقًا أو بناء متسعًا أو ضيقًا وهذا هو المعنى الأصلى الذى قد يفهم من كلمة مدخل فى اللغة .

---

(١) لسان العرب جـ ١٣ ص ٢٥٤-٢٥٥ وتهذيب اللغة ٧/٢٢٦ . والمنجد فى اللغة والإسلام ص ٢١٨

إلا أن المعنى المراد أو المفهوم المتعارف عليه هو أنّ (المدخل) الطريق أو الباب الموصل إلى آخر سواء كان متسعًا أو بناء كمدخل الدار والحديقة والمدينة بالنسبة للطرق الموصلة إليها سواء كان ذلك بابا حقيقيًا أو طريقًا . فإذا دخلت الدار عن طريق بابها مباشرة سمى الباب (مدخلاً) وإذا دخلت إليها عن طريق ضيق متفرع عن طريق واسع ولكنه ينتهى إليها فى النهاية سمى هذا الطريق الموصل مدخلا كذلك . وإذا دخلت المدينة عن الطريق الموصل إليها سمى هذا الطريق مدخلا أيضا ، فإذا كانت المدينة مسورة ولها باب ودخلت منه سمى كذلك مدخلا .

والأصل فى الدخول أن يكون حقيقة فى المبانى : إلا أنه قد يكون مجازاً وذلك فى المفاهيم والمعانى إذا كان المفهوم واحداً كما هو الحال هنا بالنسبة (لمدخل الفقه الإسلامى) فليس المراد هنا الباب أو الطريق على حقيقته) وإنما ذلك مجاز عن المفاهيم والقواعد والاصطلاحات والأدلة التى عن طريقها تعرف الأحكام الشرعية أو تستنبط الأحكام الفقهية الموافقة لما قررته الشريعة الإسلامية حيث إن الفقه لا يلمس بالحس وإنما يلمس بالعقل ولكن المقصود فى النهاية واحد ولذا كان التعبير صحيحًا من جهة اللغة والاصطلاح الفقهى وعلى هذا فيكون المعنى المناسب هنا لكلمة (المدخل) هو المصدر .

والفقه المراد به الفهم أو العلم بالأحكام وسيأتى تفصيل ذلك فيما بعد . أما الإسلام فله مفهوم عام ومفهوم خاص وسيأتى تفصيل ذلك فى المبحث الثانى .

* * *

المبحث الثانى

مفهوم الإسلام ومنهجه فى تنظيمه للعلاقات الاجتماعية

٢- إن مفهوم الإسلام ذو شقين يكمل كل منهـما الآخر بحيث ينشأ عن ذلك فى النهاية منهج مثالى ينظم العلاقات الاجتـماعية بين البشر ويسعد الناس فى هذه الحياة التى خلقت لهم وخلـقوا من أجل عمارتها واستخلافهـا عن الله سبحانه وتعالى بكل ما فيها من مظاهر النعـم والحياة مصداقا لقوله تعالى ﴿**إنى جاعل فى الأرض خليفة**﴾[1] والمراد به الإنسان .

الشق الأول : فى جـانب العقـيدة وهو الإقرار والاعـتراف بوجـود الله سبحـانه وتعالى ووحدانيته وصفاته الكـمالية التى تليق به المنزه عن صفات البشر وبأنه صاحب الملك والملكوت ومصدر هذه الحياة وأنه المعبود وحده بلا شريك .

وأما الشق الثانى : فيتعلـق بالجانب العملى والقانون التشـريعى الذى ينظم للناس علاقاتهم الاجتماعية ومعيشتهم فى هذه الحياة .

ومنهاج الإسلام فى تنظيمه للعلاقات الاجتماعية إنما يقوم على أساس المثالية الكاملة ومثاليـة الإسلام تقضى بأن يكون الفرد الذى ينتسب إليـه شخصا تنعكس عليه هذه المثـالية فيجـعل قواعده ونظمه وقـوانينه واقعًا يتحـرك بين الناس وعدلاً ملموسًـا يحسه أفـراد المجتمع ككل فـيحقق لهم سـعادتهم المادية والروحـية التى ينشدونها فى هذه الحياة .

وتعادل الروح مع المادة تعادلاً مـستقيمًا أمر جوهـرى للإنسان حتى يمكن أن يشعر بـالسعادتين معًا فـى هذه الحياة ومفهـوم هذا التعادل هو أن يشـعر الإنسان ببشريته وآدميته بمقدار إحساسه بانتسابه إلى الله سبحانه وتعالى .

والإسلام بهذه الحقيقة وهذا المفهوم لا يختلف من دين سماوى إلى آخر لأن

(١) سورة البقرة الآية ٣٠ .

الهدف واحد والغاية واحدة فى جميع الأديان السماوية ، الهدف إلى إسعاد البشرية ، والغاية تحقيق الربوبية للذات الإلهية الذى **﴿ليس كمثله شيء وهو السميع البصير﴾**.

وكل ما فى الأمر أن الرسل والأنبياء فصول متتابعة وسلسلة مترابطة لإبراز كيان الإسلام العظيم . ولم يختلفوا إلا فى هذه الوسيلة التى توصل الناس إلى هذه الغاية حسب الزمان والمكان وتطور البيئات الاجتماعية والحضارية - للإنسان.

وفى هذا المعنى يقول الله سبحانه مخاطبًا رسوله محمداً ﷺ **﴿شرع لكم من الدّين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه﴾**[1] . والدين عند الله الإسلام كما أخبرنا بذلك سبحانه وتعالى فى قوله **﴿إن الدين عند الله الإسلام﴾**[2] .

ولم يختلف الإسلام كدين نزل على محمد ﷺ عن الأديان السابقة من جهة الوسيلة إلا من حيث كونه قد اكتملت جميع حلقاته وفصوله التشريعية على يد هذا النبى العظيم فأصبح بذلك خاتم الأديان السماوية ، وتحقق بذلك أيضًا اكتمال الوسيلة والغاية وتعادلت معه الروح والمادة تعادلا وسطًا لا إفراط فيه ولا تفريط .

وهذا ما حصل فعلا مع رسول الله ﷺ وصحبه فترة مازلنا نتحدث عنها ونشعر بها وبتأثيرها علينا وذلك بعد أن - سجلها سجل الإسلام الخالد والمسلمون بحروف من نور وتحققت لأتباع هذا الدين الوسطية التى أخبرنا الله بها فى كتابه الكريم وهو أصدق القائلين **﴿وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيداً﴾**[3] .

وهذا ما ميّز الإسلام من حيث التعاليم التى نزلت على محمد ﷺ عن تعاليم الأديان الإلهية السابقة .

---

(١) سورة الشورى آية ١٣
(٢) سورة آل عمران الآية ١٩
(٣) سورة البقرة آية ١٤٣

ومما يؤكد أن الإسلام كحقيقـة وغاية لا يختلف من دين إلى آخر أن القرآن الذى هو دستور الإسلام الخالد والصـادق هو فى نفس الوقت تاريخ معلوم لهؤلاء الأنبياء والرسل السابقين لمحمد عليه الصلاة والسلام .

وهذا على أسـاس أننا نخـاطب المسلم الـذى آمن بالله ربا وبالإسـلام دينا وعلى أساس من العقل الـصحيح المنزه عن الهوى باعتبـار أن الدخول إلى مصدر الإيمان بالله هو الدليل العقلى البـحت وهو أمر واجب ومطلوب فى نظر الإسلام لأن العقل هبة الله فـى الإنسان وهو الذى عن طريقه يهتدى إلـى الإيمان الصحيح وإلا لكان هذا الإيمان مـشوبًا بالنقص الذى لا يهدى إلـى الحقيقة الـكاملة إن كان عن تقليد وقد يخول له طريق الضلال باعتبـاره طريقًا مستقيما أراده الإسلام وهذا خطأ كبير وبهتان عظيم ولذلك يقول علماء العقيدة فى الإسلام :

«وكل من قـلّد فى التـوحيـد - إيمانه لم يخل عـن ترديد[(١)] ». فـإذا كنا نخاطب المسلـم أو حتى العاقل غير المـسلم المنزه عن الهوى فيـمكن أن نبرز هذه الحقيـقة وهى -أن الرسل جميـعًا دعوا بدعوة الإسلام وأمـروا بالإيمان به وهذا ما يؤكده دستور الإسلام الخالد وهو القـرآن الكريم الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه بل هو تنزيل من حكيم حميد .

ففى شـأن نوح عليه السلام يحـدثنا القرآن عنه فـيقول بعد أن بـلغ الدعوة لقومه فأعـرضوا عنها **﴿فإن تـوليتم فـما سـألتكم مـن أجر إن أجـرى إلا على الله وأمرتُ أن أكون من المسلمين﴾**[(٢)] .

وفى شأن إبراهيم نَبىُّ الله وولده إسماعيل عليـهما السلام يقول الله سبحانه وتعالى : **﴿وإذ يَرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسـماعيل ربّنا تقبّل منا إنك أنت السمـيع العليم * ربنا واجـعلـنا مسـلمين لك ومن ذريـتنا أمـة مسـلمـة لك وأرنا مناسكنا وتُب علينا إنّك أنت التوّاب الرحيم﴾**[(٣)] .

وقد أمره الله بالإسلام فأسلم قال الله سبحانه وتعالى: **﴿إذ قال له ربه أسلم قال أسلمت لرب العالمين)**[(٤)] .

---

(١) الترديد هو التردد والمراد لم يخل إيمانه عن نقص .

(٢) سورة يونس الآية ٧٢

(٣) سورة البقرة الآيتان ١٢٧ ، ١٢٨ .

(٤) سورة البقرة الآية ١٣١

وبهذا الإسلام الذى أمر الله به أوصى إبراهيم بنيه فآمنوا به ودعوا إليه قال تعالى ﴿ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب يا بنى إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون . أم كنتم شهداء إذ حضر يعقوب الموت إذ قال لبنيه ما تعبدون من بعدى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق إلهاً واحداً ونحن له مسلمون﴾(١) .

وفى شأن سليمان عليه السلام ودعوته عندما أمر الهدهد أن يحمل رسالة إلى بلقيس ملكة سبأ وقومها الذين كانوا يعبدون الشمس من دون الله قال كما يخبر بذلك القرآن: ﴿اذهب بكتابى هذا فألقه إليهم ثم تولى عنهم فانظر ماذا يرجعون قالت ياأيها الملأ إنى ألقى إلىّ كتاب كريم إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم ألا تعلوا على وأتونى مسلمين﴾(٢) .

ولما حضرت بلقيس إلى سليمان وعرفت حقيقة الإيمان قالت عن اقتناع : ﴿إنى ظلمت نفسى وأسلمت مع سليمان لله رب العالمين﴾(٣) .

ومن قبلها قال سليمان ﴿وأوتينا العلم من قبلها وكنا مسلمين﴾(٤) .

أما فى شأن أتباع موسى عليه السلام الذين آمنوا به وقد هددهم فرعون بالانتقام منهم وتقطيع أيديهم وأرجلهم من خلاف ثم صلبهم إن لم يرجعوا عن هذا الإيمان يخبرنا الله سبحانه وتعالى عنهم فيقول ﴿قالوا إنا إلى ربنا منقلبون وما تنقم منا إلا أن آمنا بآيات ربنا لما جاءتنا ربنا أفرغ علينا صبراً وتوفنا مسلمين﴾(٥).

---

(١) سورة البقرة الآيتان ١٣٢ ، ١٣٣ .

(٢) سورة النمل الآيات ٢٨-٣١ .

(٣) سورة النمل آية ٤٤

(٤) سورة النمل آية ٤٢ .

(٥) سورة الأعراف الآيتان ١٢٥ ، ١٢٦

وفى شأن عيسى عليه السلام وقومه يخبرنا الله فيقول : ﴿**فلما أحس عيسى منهم الكفر قال مَنْ أنصارى إلى الله قال الحواريون نحن أنصار الله آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون ربنا آمنا بما أنزلت واتبعنا الرسول فاكتبنا مع الشاهدين**﴾(١) .

وليس أمامنا بعد كل ماسبق إلا أن نقرعن يقين وإيمان بهذه الحقيقة وهى ﴿**إن الدين عند الله الإسلام**﴾(٢) . ﴿**ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين**﴾(٣) .

ومثالية الإسلام حسب هذا التفسير السليم من وجهة نظرنا والمنهج العلمى الواقعى هى التى يمكن أن تحقق لنا الترابط الاجتماعى الصحيح بافتراض أن مثالية الإسلام إنما تنعكس على الفرد الذى هو أساس بناء الهيكل الاجتماعى الإسلامى وبذا تتحدد علاقة الفرد بالمجتمع والمجتمع بالفرد على هذه الحقيقة الإسلامية ومن هنا يتكون المجتمع المثالى الذى ينشده الإنسان لتحقيق سعادته فى هذه الحياة.

والإسلام فى سبيل تحقيق هذه المثالية للمجتمعات الإنسانية إنما رسم منهجا معينًا لا بد من تطبيقه وإقراره وسط هذا المجتمع وهو ما يعرف بنظام الإسلام أو تشريعه وفى هذا النظام كان تحليل المجتمع أى مجتمع تحليلاً كاملاً ودقيقا لكل مراحل نموه وتطوره فى هذه الحياة وبذا أصبح هذا المنهج يعرف الوسيلة والغاية معًا .

وبتعبير آخر - منهج سليم يعرف مكامن الداء كما يعرف أحسن العلاج وأنجح الدواء . وهذا المنهج إنما يتمثل فيما شرعه الإسلام من قواعد ونظم وقوانين منها ما هو مدوّن ثابت خالد لا يعتريه التغيير ولا التعديل لأنه الملائم فى كل زمان ومكان . ومنها ما هو مرن فى وضعه وتفسيره حسب الزمان والمكان .

---

(١) سورة آل عمران الآيتان ٥٢ ، ٥٣ .

(٢) سورة آل عمران آية ١٩ .

(٣) سورة آل عمران آية ٨٥ .

وما تقتضيه مصلحة الإنسان وتحقيق التعادل المادى والروحى الذى أراده الإسلام وهو واجب التطبيق والتنفيذ على الجميع الحاكم والمحكوم فى نظره سواء وإلا لأصبح المنهج نظريًا لا فائدة منه كاملة للإنسان وهذا ما يناهضه ويرفضه مبدأ الإسلام الذى هو عقيدة ونظام (وعمل) فى إطار واحد متكامل .(١)

* * *

(١) انظر للمؤلف العلاقات العامة والخاصة فى الإسلام ص ١١ و راجع من المؤلف هذا فيما سيأتى أدلة الأحكام والحقوق والواجبات .

المبحث الثالث

الشريعة والفقه والتشريع

٣- تعريف الشريعة :

استعمل العرب كلمة الشريعة فى معنيين :

أحدهما : - الطريقة المستقيمة ، وبهذا المعنى ورد قول الله سبحانه وتعالى **﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾**(١) .

والثانى : - مورد الماء الجارى الذى يقصد للشرب ، ومنه قولهم : (شرعت الإبل) بمعنى أنها وردت شريعة الماء .

أما تعريف الشريعة فيطلق على الأحكام التى سنها الله لعباده وهى بهذا تشمل جميع الشرائع السماوية التى نزلت للناس على أيدى أنبيائهم . ومع ذلك فإن الشريعة إذا أطلقت كان المراد بها شريعة الإسلام التى نزلت على يد محمد ﷺ لأنها خاتمة الشرائع ولأنها حوت من الشرائع السابقة أحسن ما فيها وزادت عليها من التشريعات ما جعلها شريعة كاملة صالحة للناس فى كل زمان ومكان وقد سبق توضيح ذلك عند الكلام عن مفهوم الإسلام.

وعلى هذا تعرف الشريعة الإسلامية بأنها : «مجموعة الأحكام التى سنها الله للناس جميعًا على لسان رسوله محمد ﷺ فى الكتاب والسنة(٢)» .

٤- موضوع الشريعة الإسلامية :

تناولت الشريعة الإسلامية أمورًا ثلاثة لموضوع واحد هى : العقائد والأخلاق والمعاملات .

---

(١) سورة الجاثية الآية ١٨

(٢) المدخل لدراسة الفقه للدكتور محمد الحسينى ، الطبعة الثالثة ص ٨.

الأمر الأول العقائد :

وفيه بيان كل ما يتعلق بها من فاسدها وهى عقيدة أهل الشرك وصحيحها وهى عقيدة التوحيد . وقد بين هذا القسم الإلهيات والرسالات والملائكة والجن والساعة والقيامة والحشر والجزاء إلى آخره . ومحل دراسة ذلك تفصيلا هو علم العقيدة أو التوحيد أو علم الكلام .

الأمر الثاني - الأخلاق :

وقد بينت الشريعة الإسلامية فى هذا القسم الحميد من الأخلاق وحثت على اتباعه وذلك كالصدق والأمانة والوفاء والكرم والشجاعة كما أوضحت فيه مساوئ الأخلاق والرذائل وأمرت بوجوب تركها واجتنابها وذلك كالكذب والخيانة والغدر والجبن والنفاق ومحل تفصيل ذلك هو علم الأخلاق .

الأمر الثالث - الأحكام العملية :

وفى هذا القسم بينت الشريعة الإسلامية أفعال العباد الحسية وأحكامها فبينت الحرام والحلال وما هو الواجب فعله والواجب تركه والمباح للناس كما بينت كذلك فيما يتعلق بالتصرفات والجرائم أركان كل واحد منها وأسبابه وشروطه وموانعه والآثار التى تترتب عليه (١).

٥- الشريعة والتشريع :

التشريع يراد به سن القوانين التى تنظم حياة الناس ومعاملاتهم فى هذه الحياة وهى بهذا تشمل التشريعات الإلهية والتشريعات التى من فعل البشر فإذا كانت التشريعات مأخوذة من الشريعة كانت تشريعًا سماويا ومن هنا كان إطلاق التشريع الإسلامى لأنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهى من الله .

وإذا كانت التشريعات من فعل البشر سميت تشريعات وضعية وبناء على هذا يكون التشريع السماوى وهو مجموعة الأوامر والنواهى والإرشادات التى يشرعها الله تعالى للناس ليعملوا بها ويهتدوا بهديها .

(١) راجع التفصيل فيما سيأتى من مباحث الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ومباحث الأحكام الشرعية فى جميع كتب الأصول .

أما التشريع الوضعي :

فهو مجموعة الأوامر والنواهي والقواعد التي يضعها فرد أو جماعة تختارها الأمة بواسطة من له السلطان لتحتكم إليها وتسير على ضوئها في الحياة .

والتشريع أيا كان لا يوجد إلا في مجتمع إذ لا عمران إلا باجتماع ولا اجتماع إلا بقانون منظم فكل من التشريعين يهدف إلى تنظيم الروابط بين الناس ليقوم العدل فيهم ويأمن بعضهم عدوان بعض إلا أن التشريع السماوي إلهيّ بمصدره وأحكامه الأولى ، بينما التشريع الوضعي يستمد أحكامه من سلطان الدولة التي تسنه وتعدله أو تلغيه حسب الظروف والأحوال .

٦- حاجة الناس إلى التشريع :

ولا شك أن الناس بطبيعتهم في حاجة إلى تشريع يحدد لهم علاقاتهم ويبين لهم حقوقهم وواجباتهم لأن الإنسان كائن اجتماعي خلقه الله هكذا طبيعيًا وغرائزيًا فهو بدافع غريزته وبداعي طبيعته لا يستطيع أن يعيش منفردًا لأن غريزته تدفعه إلى أن يسعى للمحافظة على كيانه ورفع مستوى معيشته ولكنه يعجز عن أن يشبع بمفرده كل حاجاته فكان لابد له من أن يستفيد من مجهودات غيره في هذا السبيل ومن هنا دعته طبيعته إلى أن يختلط بغيره فيشاركه في المعيشة ويساهم معه في النشاط يتبادل معه النفع وفي هذا المعنى يقول الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم **﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبًا وقبائل لتعارفوا﴾**[1] .

ولهذا قال الشاعر العربي :-

الناس للناس من بدوٍ ومن حضرٍ ∴ بعض لبعضٍ وإنْ لم يشعرُوا خدمٌ

فوجود المجتمع إذن أمرٌ حتمي - ما دام أن الإنسان لا يعيش إلا في جماعة وفي هذا المجتمع تنشأ علاقات بين الأفراد مختلفة . فقد تكون علاقات عائلية أو اجتماعية أو مالية أو سياسية أو نحو ذلك . والفرد في

---

(١) سورة الحجرات الآية ١٢ .

سعيه لإشباع حـاجاته وتحقيق رغباته تتعارض مصالحـه من مصالح غيره من الأفراد . ولو ترك له أمر تسوية علاقاته مع غيره وفقا لهواه لغَلَّبَ مصلحته على مصلحـة غيره فتـصبح الغلبة للقـوى . وحينئذ تعم الفـوضى ويسود الاضطراب الأمـر الذى يهدد كـيان المجـتمع ويؤدى بـه إلى الاضمـحلال والفناء.

لهذا كان لا بد للمجتمع من نظـام يوجه نشاط الأفراد ويحكم ما بينهم من علاقات عـلى نحو يتم فيـه التوفيق بين المصالـح المتعارضة بحـيث يمكن تحقيـقها جميعًا .

وقد فطن الإنسان من قديم بحكم حاجته إلى البقاء والعيش فى المجتمع إلى أن الوسيلة لكفالة هذا النظام هو أن ينزل كل فـرد على قدر من حريته حتى يمكن للجمـيع أن يتمتعـوا بحريتهم على قـدم المساواة . ومقتـضى هذا أن يكون هناك قواعد موضـوعة مقدما يستـهدى بها الأفراد فى سلوكهم ومـعاملاتهم وأن تكون هناك سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بما لها من قوة أن تجبر الأفراد على احترام هذه القـواعد بحيـث يكون من شأن هذه الـقواعد أن تقـيم التوازن بـين الحريات والمصالح المتعارضة فيتحـقق بذلك النظام والأمن والعدل ومن هذه القواعد يتكون القانون (١). وهو يشمل القانون الإلهى والقانون الوضعى.

٧- مميزات التشريع السماوى :

ومع أننا قلنا: إن التشريع يشمل المضمون العام وهو القانون وإن هذا يشمل السماوى والوضعى فإن هـناك عدة مزايا يتميز بها التشريع الـسماوى عن التشريع الوضعى وهى :

١- التشريع الـسـماوى قائم على الإحاطة والشمول لأنـه من الله الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور .

أما التشريع الوضعى الذى مصدره البشر فهو قاصر دائما على الإحاطة بمصلحة الناس وبذا لا يرقى إلى التشريع السماوى مهما قوى سلطانه .

---

(١) راجع نظرية القـاعدة القانونـية والقاعدة الـشرعية للدكـتور عبـد المنعم الصده ص ٧ طبـعة سنة ١٩٧٠ والأسرة والمجتمع للدكتور محمد سلام مدكور ص ١٠ .

٢- التشريع السماوى لا يحتمل الخطأ دائمًا لأنه من الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه بل هو تنزيل من الله العزيز الحكيم .

٣-التشريع الإلهى منزه عن الهوى والغرض أما التشريع الوضعى فقد نلاحظ عند وضعه أغراضًا معينة تراعى فيها مصلحة أشخاص معينين ويهدف إلى تحقيق رغبة بعض المشرعين الخاصة لطبقة معينة .

٤- التشريع السماوى يربى فى النفس طهارة القلب ويقظة الضمير ورقة الشعور وكظم الغيظ والعفو عند المقدرة فقد أحاط أحكامه بسياج من الخلق الرفيع كما سن لكل عمل من أعمال الإنسان حكمين - حكما في الدنيا يتعلق بمظهر العمل الدائر بين الناس ، وحكما فى الآخرة يتعلق بالقصد الحقيقى والباعث عليه .

فالتشريع السماوى يحاسب على الأعمال الداخلية حتى التحضرية كما يحاسب على الأعمال الخارجية وهو بهذا متفق مع الأخلاق ومتصل بالضمير الإنسانى اتصالاً وثيقا ولذا فهو دائما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر .

أما التشريع الوضعى فيغلب على طابعه الناحية السلبية فقط إذ لا يعنى فى الغالب بالأخلاق والضمير .

٥- التشريع السماوى رادع إذ كل من يؤمن بالأديان السماوية يؤمن بالبعث والحساب وأن كل نفس توفى ما كسبت إن خيراً فخير وإن شراً فشر قال تعالى **﴿يوم تجد كلّ نفس ما عملت من خير محضراً وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمداً بعيداً﴾**(١) .

ومن يؤمن بذلك لا يستطيع أن يتنكر لجريمته ويتنصل من عقاب الدنيا أو يحتال على إخفائها .

وهذا بخلاف التشريع الوضعى حيث إن الإنسان لا يعاقب على ما ارتكبه من جرائم إلا إذا انكشف أمره ومن أجل ذلك فهو يتحايل دائما لإخفاء جريمته والتنصل مما فعله لإسقاط العقاب عن نفسه .

---

(١) سورة آل عمران الآية ٣٠

٦- التشريع السماوى يشجع على الطاعة ويبشر الصالحين أعمالاً ويعدُهُم الثواب العظيم ، ولا شك أن فى هذا من الحث على الطاعة والتحذير من ارتكاب الآثام والجرائم لأن المطيع سوف لا يتخلص من عقاب العصيان فقط بل سيأخذ أجرًا على طاعته . فتشريع يكافئ المطيع أولى بالاتباع من تشريع يقول للمحسن لا فضل ولا أجر على ما أديت من واجب كما هو الحال فى التشريع الوضعى(١).

٨- التعريف بالفقه الإسلامى :

الفقه فى اللغة العلم والفهم وفى هذا المعنى ورد فى قول الله سبحانه وتعالى فى القرآن **﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون﴾**(٢).

فالمراد بالفقه فى الدين فى الآية هو فهم وعلم جميع أحكام الدين الشرعية وهذا معنى قول النبى ﷺ «من يرد الله به خيرًا يفقهه فى الدين».

أما تعريف الفقه فى اصطلاح الفقهاء فهو :

(العلم بالأحكام الشرعية العملية المأخوذة من الأدلة التفصيلية)

ويراد بالأحكام الشرعية العملية فى هذا التعريف خطابات الشارع الحكيم المتعلقة بأفعال العباد الحسية من فعل أو ترك والمتضمنة بيان تصرفات الناس من الصحة والفساد والبطلان والوقف والنفاذ واللزوم .

والأحكام الفقهية بناء على هذا لا تشمل أحكام العقائد ولا الأحكام التى تتعلق بالأخلاق .

وعلم الله سبحانه وتعالى بالأشياء لا يسمى فقها وإنما يسمى كشفا لأنه ليس عن اجتهاد ونظر ، وكذا علم النبى ﷺ بالأحكام الشرعية لا يسمى فقها لأنه ليس بطريقة الاجتهاد وإنما هو بطريق الوحى .

(١) راجع الإسلام والأسرة والمجتمع ص ١١ وما بعدها ومدخل الفقه للدكتور حسين حامد ص ١١ طبعة اولى .

(٢) سورة التوبة الآية ١٢٢ .

والفقيه بناء على التعريف السابـق للفقه (هو من له ملكة خاصة وقدرة على استنباط الأحكام الشرعـية من أدلتها التفصيلية وهو بهذا المـعنى شمل المجتهد فى الأحكام الشرعية فعلـى هذا يصح أن نقول هذا مجتهد ونقصد أنه فقـيه كما نقول إنه فقيه ونريد أنه مجتهد فى الأحكام الشرعية [1].

٩- علاقة الفقه بالشريعة :

والفقه الإسلامى أخص من الشريعة الإسلامية لأنه أحد أقسامها الكلية كما سبق فى تعريـف الشريعة لأنه يختص بالجـانب العملى منها فهـو بمثابة النوع من الجنس إلا أن الشريعـة الإسلامية كثـيرا ما تطلق ولا يراد منها إلا الـفقه ومن هذا تسمية الكلية التى يدرس فيها الفقه الإسلامى بكلية الشريعة وتسمية مادة الفقه فى كليات الحقوق بالشريعة الإسلامية وهذا من باب إطلاق العام وإرادة الخاص أى أنه إطلاق مجازى متعارف عليه .

١٠- تطور معنى كلمة فقه :

على أن كلمة فـقه بهذا المعنى لم تعرف فى صـدر الإسلام فى أيام الرسول ﷺ إذ لم يكن لأحد من أصحابه فى حال حيـاته أن يجتهد فى استنباط أى حكم شرعى إلا عنـد تعذر سؤاله لبـعد الشقـة بينه وبينه ، أو لاشتـغاله عليـه الصلاة والسلام بما هو أهم أو نحوه ، أو إذا أمره عليه الـصلاة والسلام بذلك على سبيل التعلـيم والتدريب وما كـان يحدث شئ من ذلك لأى واحد من الأصـحاب إلا عرضا وكـذا من بعد وفاته ﷺ فى أيام الصحـابة وأوائل عصر التابعين فـما كان هناك فى هذا العـصر للأحكام الشرعـية العمليـة (علم الفقه) علم خـاص بها له منهاجه وأصوله التى يقوم عليها يبحث فيه ، وما كان اشتغال العلماء به إلا حيث يستدلون عن مـسألة من مسائله فيفتـون فيها أو يحجمون وما كـانوا يفتون إلا بما يحفظونه من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ وقليلا ما كانوا يفتون بالرأى والاجتهاد ولذا فإن هذه الطائفة من العـلماء والذين اشتهروا بالفتوى كـانوا يعرفون (بالقراء)

---

(١) راجع المدخل إلى الفقه الإسلامى للدكتور محمد الحسينى ص ١١ والتعريفات للجرجانى مادة فقه كتب الأصول فى التعريف بالأصول والفقه .

لأنهم كانوا حفظة القرآن الكريم وقراءه وكذا سنة النبى ﷺ . ولم يشع إطلاق اسم الفقهاء على المشتغلين بالأحكام الشرعية العملية إلا فى وسط عهد التابعين عندما انصرفوا عن الاشتغال بالسياسة إلى الفقه أثناء حكم بنى أمية وكان ذلك بداية تأسيس علم الفقه ووضع منهاجه العلمى . وكان فرسان هذه الحلبة جماعة من فقهاء المدينة على رأسهم سعيد بن المسيب ومن ذلك الوقت أطلق على المشتغلين بالفقه (الفقهاء) (١).

وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام عن المراحل التاريخية للفقه الإسلامى .

١١ - موضوع علم الفقه :

سبق أن بينا أن الفقه الإسلامى فرع من فروع الشريعة الإسلامية وعرفناه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية المكتسبة من الأدلة التفصيلية) وبذا يكون موضوع علم الفقه هو الجانب العملى من الشريعة الإسلامية أو بمفهوم آخر هو عبارة عن التكاليف الشرعية العملية التى تدخل فى أفعال المكلفين سواء منها مايدخل فى باب العبادات أو ما يدخل فى باب المعاملات أو مايدخل فى باب الجنايات وسواء منها مايتعلق بالجانب الشخصى أو العلاقات الاجتماعية المحلية أو الدولية وسواء تعلق ذلك بالفرد وحده أو كان فيما يخص الفرد وخالقه .

وهذه التكاليف منها ما هو فى الجانب المطلوب فعله ومنها ما هو فى الجانب المطلوب تركه ومنها ما هو متروك لإرادة الإنسان واختياره ، وعلى كل فإن هذه التكاليف كلها إنما تدخل تحت مفهوم التكاليف الشرعية العملية (أو الحقوق والواجبات فى الإسلام).

ولهذا اقتضى الحال بيان الحكم الشرعى وتقسيماته على وجه الإجمال ثم بعد ذلك نتكلم عن نظرية الحق والواجب(٢).

---

(١) راجع المدخل لمحمد الحسيني ص ١٢ - ١٤ وحسين حامد ص ٨ - ٩ .

(٢) راجع المبحث الثالث من الباب الرابع من هذا المؤلف .

المبحث الرابع
الأحكام الشرعية

١٢- **والأحكام جمع مفرده كلمة (حكم)** والحكم هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلبًا أو وضعًا . وهذا التعريف عند علماء أصول الفقه . أما تعريف الحكم عند الفقهاء فهو الصفة التى هى أثر لذلك الخطاب السابق .

١٣- الحكم والحاكم :

وكل حكم لا بد له من حاكم يصدره ومصدر الأحكام فى الإسلام هو الله سبحانه وتعالى وحده لا شريك له لأننا عرفنا الحكم فيما سبق بأنه خطاب الله وينتج عن ذلك أن خطاب الله مأخوذ فى حقيقة الحكم فلا حكم إلا لله وهذه قضية اتفق عليها جميع المسلمين الذى اجتهدوا فى الشريعة الإسلامية بلا خلاف لقوله تعالى فى كتابه العزيز ﴿**إن الحُكمُ إلاّ لله**﴾(١) .

إلا أنه لما كان حكم الله سبحانه وتعالى لا ينزل على الناس مشافهة أو مباشرة لتنزه الله سبحانه وتعالى عن المشابهة والمشاكلة والنظير بالنسبة لمخلوقاته وأفعالهم فقد اقتضى الحال وجود معرف ليعرف الناس هذه الأحكام التى هى من الله .

والجمهور من علماء المسلمين اتفقوا على أن رُسُل الله هم المبلغون للناس أحكام الله سبحانه وتعالى والمعرفون لها بما آتاهم الله من وحى نزل عليهم من عنده ولا سبيل للعقل وحده بالاستقلال بمعرفة هذه الأحكام قبل بعثة النبى لأنه ليس فى الأفعال صفات حسن ذاتية بسببها يطلب الله فعلها أو تركها إنما هو سبحانه وتعالى يطلب فعل ما يشاء فيكون حسنا ويطلب الكف أى ترك الفعل عما يشاء فيكون قبيحا لأنه نهى عنه . فلا سبيل للعقل بالعلم بحسن فعل أو قبحه إلا إذا علم بطلب من الله على لسان رسله أو الكف عنه . لأنه لا يلزم العباد تكليف من الله إلا بعد تبليغ لقوله تعالى فى القرآن الكريم ﴿**وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً**﴾(٢) .

---

(١) سورة يوسف : الآية ٤٠ .

(٢) سورة الأنعام آية ٥٧

١٤- **أقسام الحكم :**

والحكم الشرعى ينقسم إلى قسمين رئيسين :

الأول - الحكم التكليفى .

الثانى - الحكم الوضعى .

- الحكم التكليفى -

١٥- **والحكم التكليفى عبارة عن خمسة أنواع :** إيجاب - ندب - تحريم - كراهة - تخيير .

وفى أثرها أفعال المكلفين هو : الوجوب - الندب - الحرمة - الكراهة - الإباحة .

فقد نظر الأصوليون فى أنواع الخطاب الشرعى فوجدوها بالاستقراء خمسة أنواع :

١٦- **النوع الأول :** وهو ما يطلب به فعل بغير كفّ طلبًا جازمًا (أى حتمًا) إيجابًا نحو قول الله سبحانه وتعالى **﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾**(١). وأثر الإيجاب هذا فى الفعل عند الفقهاء هو الوجوب بالنسبة لهذا المطلوب وهو وجوب أداء الصلاة ووجوب إخراج الزكاة وإعطائها للفقراء والمساكين حسب ما هو مفصل فى مكانه فى كتب الفقه وكذا الأمر بالنسبة لباقى الواجبات المطلوبات منا غير الصلاة والزكاة الواجبين .

١٧- **النوع الثانى :** وهو ما يطلب به الكف أى النهى عن الفعل طلبا جازما أى حتما . وهذا سموه تحريما مثل قوله سبحانه وتعالى فى حق الأبوين **﴿فلا تقل لهما أفٍّ ولا تنهرهُما﴾**(٢).

وقوله سبحانه فى شأن معاملات الناس بعضهم مع بعض **﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** وقوله سبحانه فى بيان المحافظة على النفس **﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾**(٣). وأثر التحريم فى فعل المنهى عنه هو الحرمة عند الفقهاء .

---

(١) سورة البقرة الآية : ٤٣

(٢) سورة الإسراء من الآية ٢٣

(٣) سورة النساء الآية ٢٩ .

١٨- النوع الثالث :

ما يطلب به فعل غير كف طلبا غير حتم وعدم التحتم يستفاد من قرائن تدخل على الطلب تصرفه عن الإيجاب مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿**إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**﴾(١).

فقد صرف وجوب كتابة الدين المستفاد من الأمر الوارد فى الآية فى قوله ﴿**فاكتبوه**﴾ صرف هذا الأمر من الوجوب إلى الندب ما ورد فى آخر الآية فى قوله تعالى : ﴿**فإن أمن بعضكم بعضًا فليؤد الذى اؤتمن أمانته وليتق الله ربّهُ**﴾(٢). فإن هذا يفيد جواز إعطاء الدين من غير كتابته وإثباته والإشهاد عليه عند ائتمان الناس بعضهم بعضا ولهذا كان الأمر بكتابة الدين مندوبا إليه عند الفقهاء ويسمى هذا الأمر ندبا عند علماء الأصول أو مندوبا إليه .

١٩- النوع الرابع :

المكروه : وهو ما يطلب به الكف - أى النهى عن الفعل طلبا غير حتم ويسمى هذا كراهة . وعدم التحتم هذا يستفاد من قرائن الأحوال وهو ما يحف بالطلب فيصرفه عن كونه للتحريم إلى الكراهة كما فى قوله تعالى : ﴿**إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع**﴾(٣). فإن قوله سبحانه وتعالى فى الآية ﴿**وذروا البيع**﴾. فى معنى لا تبيعوا وقت الصلاة وهذا النهى يقتضى التحريم وقد صرف هذا التحريم عند جمهور الفقهاء أن النهى إنما هو لأمر خارج عن المنهى عنه . ولذلك سمى هذا النهى كراهة وسمى الفقهاء الأثر المترتب على فعل المنهى عنه هنا وهو البيع وقت صلاة الجمعة كراهة أو مكروها .

٢٠- النوع الخامس - التخيير :

وهو ما يخير فيه الشارع بين أن يفعل وألا يفعل أى هو متروك لحرية الشخص

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٣) سورة الجمعة الآية ٩٠ .

وإرادته وقد سمى هذا الخطاب إباحة عند علماء الأصـول وأما عند الفقهاء فهو الأثر المترتب على الخطاب وهو هنا صفة الفعل وسموا هذا إباحة أو مباحًا كما في قوله تعالى **﴿كلوا من طيبات ما رزقناكم﴾**[1]. وقوله **﴿فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه﴾**[2]. وقوله **﴿كلوا واشربوا ولا تـسرفوا﴾**[3].وغير ذلك من الآيات التى تترك للإنسان حرية الفعل والترك .

وبناء على مـا سبق فى تقـسيم الحكم التكليـفى تكون أفعـال المكلف وهو الإنسان إما واجبة أو منهيًا عنها أو مندوبة أو محرمة أو مكروهة أو مباحة[4].

– الحكم الوضعى –

٢١– الحكم الوضعى – تعريفه وأنواعه :

وأما الحكم الوضعى فـهو خطاب الشارع المتعلق بكون الشئ سـببًا أو شرطًا أو مانعًا . وبهذا تكون أنواع الحكم الوضعى ثلاثة هى :

١– السببية .

٢– الشرطية .

٣– المانعية .

٢٢– السبب :

قد يحكم الـشارع على شيء من الأشياء بـأنه علامة على تعليق الـطلب بذمة المكلف كما فى قوله تعالى : **﴿أقم الصلاة لدلوك[5] الشمس﴾**[6] ولذا يسمى الدلوك علامة أو سببًا لوجوب صلاة الظهر على المكلف .

---

(١) سورة البقرة الآية ٥٧ .

(٢) سورة الملك الآية ١٥

(٣) سورة الأعراف الآية ٢٨٢

(٤) راجع أصول الخضرى ص ٣٠ – ٣٢ الطبعة السادسة .

(٥) هو زوال الشمس وسط السماء

(٦) سورة الإسراء الآية ٧٨ .

وهذا فى العبادات وقد يـكون السبب علامة على الملكية أو زاولها كـعقد البيع فإنه يفيـد كلا من البائع والمشتـرى ملكا ويزيل عنهما مـلكا فعقد البيـع يفيد البائع تملك الثمن ويزيل عنه ملكية العين المباعة ونفس العقد يفيد المشترى تملك العين المباعـة ويزيل عنه ملكية الثـمن الذي دفع فى مقابل العين التـى اشتراها وهذا فى باب المعاملات .

وقد يكون السبب علامة على استحقاق الشـخص العقوبة كما فى القتل العمد والعدوان فقد جعل ذلك سببًا أو علامة على استحقاق القاتل القصاص منه قتلا إذا كان قتل غيره عمدا وهذا فى باب الجنايات .

٢٣- الشرط :

وأما الشـرط وهو النوع الثـانى من أنواع الحكم الوضـعى فهـو ما كان عـدمه مستلزما لعدم الحكم كاشتراط القدرة على تسليم المبيع لصحة عقد البيع وترتب آثاره عليه فإن انعدام القدرة أو انتفاءها بالنسـبة لتسليم الشيء المباع يجعل البيع باطلا لتخلف الحكـمة من مشروعية عـقود البيع وهو التملك وإباحـة الانتفاع وكاشـتراط الحـول (الأجل أو العـام) فى وجوب الزكـاة والحرز وفـى قطع يد السارق والإحصان عند رجم الزانى والطهارة عند أداء الصلاة وما شابه ذلك .

٢٤- المانع :

وأما المانـع ويسمى المانع مـن الحكم الشرعى فـهو من اسـتلزم حكمة بـسبب كوجـود الابن فإنه يقـتضى ألا يصيـر الابن سببـا لعدم الأب ومن هنا امـتنع القصـاص من الوالد إذا قتل ولده وإنما يعـزر فقط بالحبس أو بغـيره زيادة على بقية الحقوق الأخرى[١] .

---

(١) راجع أصول الفقه للخضرى ص ٥٤ وما بعدها .

(العزيمة والرخصة)

٢٥- تعريف العزيمة والرخصة :

العزيمة هى : ما شرع أصالة من الأحكام العامة التى يخاطب بها جميع المكلفين والتى لا تختص بحال دون حال . فهى من الأحكام العامة الأصلية التى تشمل الناس جميعا دون نظر إلى ظروف خاصة ببعضهم .

أما الرخصة فهى : ما شرع من الأحكام لعذر فى حالات خاصة فهى ليست الأحكام العامة الأصلية وإنما هى شرعت تخفيفاً على المكلف فى حالات خاصة بحيث تمنع استمرار الإلزام فى الحكم الأصلى .

والجمهور على أن الرخصة تندرج تحت الحكم التكليفى لأنها اسم لما أباحه الشارع لعذر والإباحةُ من الحكم التكليفى [١] .

٢٦- أنواع الرخص :

الرخص على ثلاثة أنواع :

١- النوع الأول :

إباحة المحظور عند الضرورة أو الحاجة ومن أمثلة الضرورة التى تبيح المحظور الإكراه على الكفر كأن يكره الشخص على التلفظ بكلمة الكفر فإنه يجوز له أن ينطق بكلمة الكفر ما دام قلبه مطمئنًا بالإيمان وذلك أخذاً من قوله تعالى : ﴿**إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان**﴾ [٢] . ومن ذلك أيضا أن يضطر الشخص تحت وطأة الجوع الشديد إلى أكل الميتة أو لحم الخنزير خشية على نفسه من التلف عند عدم وجود غيرها مما هو مباح وذلك عملا بقوله تعالى : ﴿ **فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه**﴾ [٣] .

ومن الأمثلة أيضا أن يضطر الشخص تحت وطأة الظمأ الشديد إلى شرب الخمر خشية على نفسه من التلف فإنه يجوز له الشرب عند عدم وجود غيرها من المباح أخذاً بقوله تعالى: ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**﴾[٤] .

---

(١) انظر نظرية القاعدة الشرعية والقانونية للدكتور عبد المنعم الصده ص ١٣٤ .

(٢) سورة النحل الآية ١٠٦ .　　(٣) سورة البقرة الآية ٧٣ .　　(٤) سورة الأنعام الآية ١١٥

ومن أمثلة الحاجة التى تبيح المحظور أن تدعو ظروف العلاج الطبيب إلى رؤية عورة المرأة المريضة حيث تجوز هذه الرؤية استجابة للحاجة .

وهذا النوع من الرخص يقال له رخصة الفعل أى فعل ما نهى عنه الشارع حيث إن حكم العزيمة فى هذه الحالة يوجب ترك الفعل.

١- النوع الثانى من أنواع الرخص :

إباحة ترك الواجب إذا وجد عذر يجعل أداءه على المكلف شاقا عليه . ومن أمثلة هذا النوع أن يباح فى رمضان لمن كان مريضا أو على سفر أن يفطر وهذا الحكم أخذًا من قوله تعالى :**﴿ فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾** (١).

ومن أمثلته كذلك أنه يباح للمسافر قصر الصلاة الرباعية أى أداءها ركعتين بدلا من أربع أخذًا من قوله تعالى : **﴿وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾** (٢) .

وهذا النوع من الرخص يقال له رخصة الترك أى ترك فعل ما أوجبه الشارع حيث إن حكم العزيمة فى هذه الحالة يوجب إتيان الفعل وينهى عن الترك .

٣- النوع الثالث :

تصحيح بعض العقود الاستثنائية رغم أنها جاءت على خلاف القياس فلم تتوافر فيها الشروط العامة لانعقاد العقد وصحته وذلك مراعاة للمصلحة لأن معاملات الناس جرت بها ودعت الحاجة إليها .

ومن أمثلتها عقد السَّلَم وهو بيع الآجل بثمن عاجل فهو جائز رغم كونه بيع معدوم وقت العقد وبيع المعدوم باطل أصلا . وقد أخذ الحكم بجواز السلم مما ورد عن النبى ﷺ **«أنه نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده ورخص فى السلم»** .

---

(١) سورة البقرة الآية ١٨٤ .

(٢) سورة النساء الآية ١٠١ .

ومن أمثلة ذلـك النوع أيضا الاستصـناع والإجارة والوصية حـيث إنها جمـيعا عقود أو تصرفـات لو طبقت عليها الشـروط العامة للانعقاد والصحـة فإنها لا تصح ولكن الشارع رخص فيها وأجازها سدًا لحاجة الناس ورفعا للحرج عنهم

٢٧- حكم الرخصة :

وحكم الرخصة هو جـواز العمل بها فى المواضع التى يتوفر فيـها القدر المسوغ لذلك فللمكلف أن يأتـى بالرخصة تخفيـفا عن نفسه وله أن يتمـسك بالعزيمة متحملا ما فيها من مشقة وذلك ما لم يكن وراء تحمل المشقة ضرر ينال المكلف حيث يجب عـليه حينئـذ أن يتقى الضرر ويتـبع الرخصة لقـوله تعالى : **﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾** (١) . ، وقـوله تعـالى : **﴿وما جـعل عليكم فـى الدين من حرج﴾** (٢) . وقوله : **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾** (٣) . والله سبحانه وتعالى يحب أن تتبع رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه .

على أنه ثمة تفرقـة بين أن يكون تحمل الضرر فى سبيل حمـايته للدين وإعلاء كلمة الله ، وأن يكـون تحمله فى سبيل الـتمسك بحكم ضرورى آخـر . فمن أكره على التلفظ بكلمة الكفر فآثر تحمل الضرر حتى مات مات شهيدًا فقد بلغ النبى ﷺ أن رجلين هددهما المشركون بالقتل فامتنع أحدهما عن النطق بالكفر ونطق الآخر فقال النبى ﷺ فيمن امتنع عن النطق بالكفر: **(هو أفضل الشهداء وهو رفيقى فى الجنة)** (٤) .

ومن قام إلى حاكم ظالم فـأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتلـه مات شهيدًا ، فقد قـال النبى ﷺ: **(سيـد الشـهداء حمـزة بن عـبد المطلـب رضى الله عنه ، ورجل قال كلمـة حق لسلطان جائر فـقتله)** فهـذا وذاك شأنه شأن الجـهاد فى سبيل الله يكون واجبا رغم ما فيه من هلاك للنفس باعتبار أن حماية الدين أمر ضرورى أهم من حفظ الحياة .

---

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٢) سورة الحج الآية ٧٨ .

(٣) سورة البقرة الآية ١٨٥ .

(٤) نظرية القاعدة الشرعية ص : ١٣٧

فالرخصة قائمة بحكم الشرع حيث يجوز النطق بالكفر تحت وطأة الإكراه كما يجوز السكوت عن نصح الحاكم الظالم اتقاء لشره ولكن تحمل الضرر تمسكا بالعزيمة يضع المكلف فى مرتبة أفضل .

أما الضرر الذى يمس أمرًا ضروريـًا آخر فلا يثاب المكلف على تحمله فمن اضطر تحت وطأة الجوع الشديد إلى أكل الميتة أو لحم الخنزير خشية على نفسه من الفساد وجب عليه أن يأكل ، فإذا امتنع عن الأكل فمات بسبب ذلك الامتناع كان مهلكا لنفسه وعاصيا لأمر واجب وهو عزيمة بدليل قوله تعالى : **﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾** (١) .

ومن يضطر بسبب الظمأ الشديد إلى شرب الخمر خشية على نفسه من التلف وجب عليه أن يشرب . فإتيان الرخصة فى مثل هذه الحالات ليس جائزا فحسب بل إنه واجب باعتبار أن حفظ النفس أولى من إفساد النفس والعقل ولذا لا يُثَاب المكلف على تحمل الضرر عند الامتناع عن إتيان الرخصة فى هذه الحالات وإن كنا نرى أن الأمر هنا ينقلب من الرخصة إلى العزيمة وهذا يقدر بقدره طبقا لتقسيمات الحكم السابقة .

الصحة والفساد والبطلان

٢٨- **الصحة والفساد والبطلان** أوصاف ترد على ما يصدر من أفعال المكلفين من الناس أو يباشرونه سواء تعلقت بحكم تكليفى أو بحكم وضعى والفساد والبطلان قسمان يندرجان تحت عدم الصحة وصحة الفعل معناها ترتب آثاره الشرعية عليه . فإن كان ما صدر من المكلف فعلا واجبا عليه كالصلاة والصيام والزكاة والحج وغير ذلك من الواجبات برئت ذمته منه واستحق التوبة فى الآخرة . وإن كان الذى باشره المكلف سببًا شرعيًا كالزواج والطلاق والبيع

---

(١) سورة النساء الآية : ٢٩

واستوفى المكلف أركانه وشروطه ترتبت عليه آثاره الشرعية . وكذا إن كان شرطًا كالطهارة فى الصلاة فإن تحقق الشرط تحقق المشروط وكان بالفعل صحيحًا وعدم صحة الفعل معناها كونه بحيث لا تترتب آثاره الشرعية عليه لكونه لم يتم على النحو الذى أراده الشارع فإن كان الذى صدر من المكلف واجبًا لا يسقط عنه ولم تبرأ ذمته منه . وإن كان الذى باشره المكلف سببا شرعيا لا تترتب عليه آثاره . وإن كان شرطًا لا يتحقق المشروط .

٢٩- الفرق بين الفساد والبطلان :

وهناك اتفاق بين الفقهاء على أن عدم الصحة فى العبادات قسم واحد يشمل الفساد والبطلان فالعبادات إما صحيحة أو غير صحيحة ولا فرق فى غير الصحيح فيها بين الباطل والفاسد لأن العبادة غير الصحيحة باطلة سواء كان الخلل فى ركن من أركانها أم فى شرط من شروطها فإن جاءت ناقصة فى بعض أركانها أم فى شرط من شروطها لا تسقط عن المكلف ولا تبرأ منها ذمته .

أما المعاملات فإن الجمهور على أن الفاسد منها والباطل سواء كما فى العبادات لأنه يترتب على الفساد والبطلان شىء واحد وهو عدم ترتب الآثار الشرعية فى كل عقد فاسد أو باطل فالعقد والفعل عندهم إما صحيح أو غير صحيح أما فقهاء المذهب الحنفى فإنهم فرقوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى المعاملات وإن كان ذلك يندرج عندهم تحت عدم الصحة .

فإن كان الخلل فى أصل العقد أى فى ركن من أركانه بأن كان فى الصيغة والعاقدين أو المعقود عليه كان العقد باطلا لا يترتب عليه أثر شرعى .

وإن كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد بأن كان فى شرط خارج على ماهيته أى أركانه ، كان العقد فاسدًا وترتبت عليه بعض آثاره .

وعلى هذا يكون بيع المجنون أو غير المميز أو بيع المعدوم باطلا أما البيع بثمن غير معلوم فهو فاسد ، ويكون زواج غير المميز وزواج إحدى المحرمات

مع العلم بالحرمه باطل أما الزواج بغير شهود فهو فاسد .

والبيع الباطل لا يترتب عليه أى أثر أما البيع الفاسد فإنه يفيد الملك للمشترى إذا قبض المبيع بإذن البائع .

والزواج الباطل لا يترتب عليه أثر . أما فى الزواج الفاسد فإنه إذا حصل دخول بعد العقد وجب المهر والعدة عند الفرقة وثبت النسب .

وبذلك يتميز العقد الفاسد عن الباطل عند الحنفية فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه ولا يترتب عليه أثر . والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه وتترتب عليه بعض الآثار [1] .

---

[1]) راجع تفصيل ذلك فيما سيأتى من مباحث تتعلق بنظرية العقد .

المبحث الخامس
الفقه الإسلامى والتشريعات القانونية الحديثة
المقصد الأول

تقسيمات القانون الوضعى

٣٠- يتناول القانون فى تنظيمه لشئون المجتمع موضوعات شتى تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية ،وعلى هذا الأساس قسم القانون فى نظر فقهاء القانون الوضعى إلى قسمين رئيسيين هما :

١- القانون العام .

٢- القانون الخاص .

وينطوى تحت كل قسم من هذين القسمين فروع متعددة .

٣١- القانون العام :

وهو الذى ينظم العلاقة بين الأفراد والسلطات العامة فى الدولة ويحكم العلاقات المتصلة بحقوق السيادة فيها وهذه العلاقات إما أن تكون بين دولة ودولة أو بين سلطة وأخرى من السلطات العامة فى الدولة أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص .

٣٢- أما القانون الخاص :

فهو الذى يحكم العلاقات التى لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة ولا تتصل بحق السيادة فيها وهذه العلاقات إما أن تكون بين الدولة باعتبارها شخصًا اعتباريا عاديًا وأحد أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص بعضهم مع بعض سواء كانوا أشخاصًا اعتباريين كالهيئات والمؤسسات أو كانوا أفرادا عاديين .

٣٣-فروع القانون العام :

وفروع القانون العام وفقا للرأي السائد عند فقهاء القانون هى القانون الدستورى والقانون الإدارى والقانون المالى والقانون الجنائى بفرعيه وهما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية والقانون الدولى العام .

٣٤- فروع القانون الخاص :

وفروع القانون الخاص هى القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل والقانون الزراعى وقانون المرافعات المدنية والتجارية - وهو مجموعة القواعد التى تنظم السلطة القضائية وتبين الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون المدنى والقانون التجارى . ومن فروع القانون الخاص أيضا القانون الدولى الخاص .

المقصد الثانى

تقسيمات الفقه الإسلامى(١)

٣٥- لقد عرف الفقه الإسلامى جميع النظم والقوانين التى عرفها فقهاء القانون الوضعى بل سبق الفقه الإسلامى فى دقة أحكامه وشمولها و صلاحيتها لكل زمان ومكان وذلك باعتبار أن الفقه الإسلامى هو فقه القانون الإسلامى الذى ينظم حياة الناس من الناحية العملية والقانون الإسلامى هو تشريع من الله وتشريع الله هو دائمًا الأعلى والأفضل والأولى بالاتباع لأنه صالح للناس فى كل زمان ومكان وقد سبق بيان ذلك عند الكلام عن مميزات الشرائع السماوية عن التشريعات الوضعية . هذا وليس معنى ذلك هو توافق التنظيمات الفقهية مع التقسيمات القانونية فى المسميات والتنظيمات والأحكام ؛ لأن كل قانون له صناعته الخاصة ، فلرجال الفقه الوضعى تقسيمهم ولرجال فقه القانون

---

(١) راجع تفصيل هذا التقسيم والخلاف الذى دار حوله فى نظرية القاعدة القانونية والشرعية للدكتور عبد المنعم الصده طبع ١٩٧٠ ص ٧٨-٨٦ .

الإسلامى تقسيماتهم التى شملت فى الجملة تقسيمات القانون الوضعى وسيظهر ذلك مما يأتى . فالأحكام الشرعية التى يتكون منها الفقه الإسلامى تنقسم إلى قسمين رئيسين يضم كل قسم منها طائفة كبيرة من الأحكام الشرعية المتشابهة من حيث نوع العلاقة التى تحكمها .

ثم يتفرع كل قسم من هذه الأقسام إلى فروع كثيرة حسب أطراف هذه العلاقة وهذا التقسيم قريب من التقسيمات التى ذكرها فقهاء القانون الوضعى لأنهم نظروا إلى الحق العام والحق الخاص ونظموا أبحاثهم على هذا الأساس طبقا لنظرية الحقوق والواجبات فى الإسلام وعلى هذا الأساس انقسم الفقه الإسلامى إلى قسمين رئيسيين هما :

١- عبادات .

٢- معاملات .

٣٦- أما العبادات :

فهى الأحكام الشرعية التى تنظم علاقة المرء بربه فتبين ما يجب عليه نحو خالقه من فعل الطاعات وترك المحرمات كإقامة الصلاة - والصوم وترك تناول المحرمات كالميتة ولحم الخنزير وهذا القسم يدخل تحت القسم العام أو الحق العام أو القانون العام حسب الاصطلاح الحديث .

وسبب دخولها تحت القانون العام أنها شرعت حقًا لله تعالى على جميع المكلفين المسلمين والذين ينطبق عليهم القانون الإسلامى .

وغاية العبادات هى التقرب إلى الله تعالى طلبًا لمرضاته وخوفًا من عقابه ولذلك يقال إن العبادات شرعت حماية لحق الله تعالى على عباده إذ حق الخالق على خلقه أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئًا وأن يلتزموا أوامره ويجتنبوا نواهيه .

٣٧- وأما المعاملات :

وتسمى العادات أيضا فإنها تشمل الأحكام الشرعية التى تحكم العلاقات

الاجتماعية بين الناس سواء كان ذلك بين الفرد والفرد أو بين الفرد والدولة الإسلامية أو بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول .

وهذه الأحكام مقصود بها المحافظة على حقوق الناس وتحقيق مصالحهم ودفع الفساد والضرر الواقع أو المتوقع عليهم فهى أحكام شرعت لحفظ الأمن والنظام وتقرير الحقوق والواجبات داخل الدولة الإسلامية أو المجتمع الدولى وتحقيق قواعد العدل والمساواة بين أفراد هذه الجماعة أو ذلك المجتمع وذلك بالموازنة بين الحقوق المتعارضة وحماية الحق الأول - بالحماية والرعاية .

وهذا لا يمنع أن امتثال هذه الأحكام طاعة لله ورعاية لحقه وأن الخروج عليها معصية لله وتفويت لحقه غير أن المقصود الأساسى فى أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس وحماية حقوقهم ودفع الفساد عن الجماعة وإن جاءت رعاية حقوق الله تعالى لذلك تبعًا على خلاف العبادات التى قصد منها أولا التقرب إلى الله ورعاية حقه وإن تحققت فيها للناس مصالح ودفعت عنهم مفاسد نتيجة قيامهم بما فرضه عليهم من عبادات تبعًا . فمثلا الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر والوضوء يؤدى إلى النظافة والنظافة تبعد الإنسان عن الأضرار الصحية والأمراض وتحافظ على سلامته وصحته وهكذا .

٣٨- فروع المعاملات فى الفقه الإسلامى :

المعاملات هى التى ترادف القانون لأن كلا منها ينظم العلاقات بين الأفراد أو الدول . وأحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى ثلاثة أنواع :

١- أحكام تنظم علاقة الأفراد بالدولة .

٢- وأحكام تنظم علاقة الفرد بالفرد وهذا يشمل علاقة الفرد بغيره وبنفسه .

٣- أحكام تنظم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول وقت السلم والحرب.

وكل نوع من هذه الأنواع يشكل فرعًا متمايزًا من فروع الفقه الإسلامى .

٣٩ - الفرع الأول :

الأحكام التى تنظم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول . وهذه الأحكام

هى التى يقـابلها قواعـد القانون الدولى العـام التى تطبق على عـلاقات الدول وقت السلم والحرب .

وكان الفقـه الإسلامى هو أول من وضع القواعد الدوليـة فى هذا المجال حيث وضع القواعد التى تلتزم بها الدولة الإسلامية فى علاقاتها مع غيرها من الدول وقت السلم والحرب . بـل جعل التزام هذه القواعـد فريضة يثاب على فـعلها ويعاقب على تركها .

فقد أوجـب الإسلام على الدولة الإسلاميـة أن تعلن الحرب قبل بـدء الأعمال الحربـية إذا دعت ضـرورة لهذه الحـرب وذلك فى حالـة الاعتداء عـلى الدولة الإسلامية أو نقض العهود والمواثيق التى عقدتها الدولة الإسلامية مع غيرها من الدول قال الله تعالى فى القرآن الكريم **﴿وإما تخافنَّ من قوم خيانةً فانبذْ إليهم على سواء إنّ الله لا يُحب الخائنين﴾** [1] .

والمعنى أنه إذا ظهر لك أن الذين عـاهدتهم وسالمتهم قد خانوا العهـد فأعلمهم أنك ستقاتلهم بسبب هذا النقض حتى يأخذوا للحرب عدتها ويستعدوا لها لأن الله لا يحب الخـائنين . وقد حرم الإسـلام على الجيـوش الإسلاميـة أن توجه الأعمال الحربية لغير المحاربين فـقد كان النبى ﷺ إذا بعث جيشًا أوصاهم بألاّ يقتلوا امرأةً ولا صبيًا ولا شيخًـا وألا يقطعوا شجرًا ولا يهدموا بناءً ولا يذبحوا بقـرة ولا شاة ولا يـعقـروا بعـيرًا . وكـان يقـول لهم من ضـمن وصـاياه : «وستجـدون أقوامًا فى الصوامع حبـسوا أنفسهم للعـبادة فدعوهم وما حـبسوا أنفسهم له» .

كما بين الإسلام ما يتبع فى شأن الأسرى وتكلم على المعاهدات الدولية والهدنة واتفاقيات السلام . وجعل وفاء المسلمين بالمعاهدات فريضة محكمة قال تعالى: **﴿فما استقاموا لكم فـاستقيموا لهم﴾** [2] . **﴿وأوفوا بـعهد الله إذا عـاهدتـم ولا تنقضوا الأيمان بعـد توكيدها﴾** [3] والأيمان المراد بهـا فى الآية المواثيق والعـهود التى تبرم مع الأعداء .

---

(١) سورة الأنفال الآية : ٥٨

(٢) سورة التوبة الآية ٧

٣) سورة النحل الآية ٩١ .

وقد نظم الفقه الإسلامى هذا القسم ووضع قانونه رجال الفقه على اختلاف مذاهبهم تحت عنوان «السير والجهاد» . بل زاد البعض فى الأمر من العناية والتخصص فعالج أحوال السلم والحرب فى مؤلفات خاصة وذلك ككتابى «السير الصغير» ، و«السير الكبير» لمحمد بن الحسن الشيبانى صاحب الإمام أبى حنيفة . وكتاب السير لعبد الرحمن بن محمد الأوزاعى المتوفى ١٥٧ هـ ومن الكتب الحديثة فى هذا المجال صدر الكثير(١) .

٤٠- الفرع الثانى من فروع المعاملات فى الفقه الإسلامى هو :

الأحكام التى تنظم العلاقات الاجتماعية العامة فى داخل الدولة الإسلامية وهذه يقابلها فى القانون الوضعى، الدستورى ، والإدارى ، والمالى ، والجنائى والتى تقع تحت نطاق القانون العام .

وقد تكلم الفقهاء المسلمون عن حقوق الأفراد وحرياتهم ووضعوا فى ذلك من النظريات والأفكار ما استنارت به البشرية كلها فهم أول من تكلم عن حريات الأفراد وحقوقهم التى لا تستطيع الدولة الاعتداء عليها أو مصادرتها.

والفقه الإسلامى هو صاحب نظرية تقييد السلطات للحكام . وهو الذى قرر مبدأ سيادة القانون وأن الأمة هى مصدر السلطات جميعًا وصاحبة السيادة ولها الحق وحدها فى اختيار الحاكم ورسم السياسة التى يتبعها فى قيادة الأمة كما أن لها عزله إذا خالف إرادة الأمة أو أساء فى استعمال السلطات التى منحها له الشعب وبذلك كان الفقه الإسلامى أسبق الدساتير جميعًا فى تقرير مسئولية الحاكم سياسيًا وجنائيًا .

ولقد جمع هذه المعانى أول خليفة للإسلام . فعندما تولى أبو بكر الخلافة لأول مرة بعد انتقال الرسول إلى الرفيق الأعلى قال فى خطبته المشهورة: (أيها الناس إنى وليت عليكم ولست بخيركم أطيعونى ما أطعت الله فيكم فإن عصيته فلا طاعة لى عليكم) .

---

(١) راجع للمؤلف (محمد رسول الإسلام والسلام) . و(العلاقات العامة والخاصة فى الإسلام) . وللدكتور وهبه الزحيلى . (آثار الحرب فى الإسلام) .

وفى خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقف من بين النساء والعبيد من حاسب عمر الحاكم العام أمام الملأ فى المسجد الجامع فى سياسته المالية ويرد عليه آراءه الفقهية ولم نجد اعتراضًا من هذا الحاكم العام بل سره ذلك وحمد الله على أن جعل فى الأمة من يحاسب الحكام ويناقشهم وشارك بذلك فى الحكم والإدارة .

وبالنسبة للقانون الدستورى والقانون الإدارى نجد اعتناء الفقهاء به فى جميع كتب الفقه فى المباحث التى تختص بذلك إلا أنهم أيضا لأهميتها قد أفردوها فى مؤلفات خاصة ومنها كتب السياسة الشرعية التى تكلمت عن النظام الإدارى للدولة وبينت الوظيفة الإدارية لها واختصاصات جهات الإدارة التى تشارك ولى الأمر فى تطبيق الأحكام الشرعية وتنفيذها .

ومن أحسن ما كتب فى هذا المجال - الأحكام السلطانية للإمام الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ والأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى المتوفى سنة ٣٠٧ هـ والسياسة الشرعية لابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وغير ذلك وهذا زيادة على الكتب والمؤلفات والأبحاث العصرية التى ظهرت على يد الفقهاء المحدثين فى هذا المجال .

وهناك فى الفقه الإسلامى كتب تخصصت فى السياسة المالية للدولة تكلمت عن موارد بيت المال وطرق إنفاقها ومن ذلك - كتاب الخراج لأبى يوسف صاحب الإمام أبى حنيفة وكتاب الأموال لأبى عبيد المتوفى سنة ٢٢٤ هـ وغير ذلك .

والفقه الإسلامى يعرف قانونًا جنائيًا متكاملاً فقد تكلم الفقهاء المسلمون على الجرائم والعقوبات المقدرة وهى عقوبات الحدود والقصاص ، والعقوبات غير المقدرة وهى العقوبات التعزيزية .

وللفقهاء المسلمين فى المجال الجنائى نظريات تفوق أحدث النظريات التى ظهرت فى القانون الجنائى الحديث بل إن كثيراً من القوانين الجنائية قد أخذت

بنظريات الفقه الإسلامى الجنائية واقتفت خطاه فى كثير من الأقطار [1].

٤١ - الفرع الثالث من فروع المعاملات فى الفقه الإسلامى :

الأحكام التى تنظم علاقة الفرد بالفرد فى داخل الدولة الإسلامية وهى التى تدخل تحت القانون الخاص حسب الاصطلاح الوضعى الحديث الذى يشمل القانون المدنى والتجارى وقانون الأسرة وقانون المرافعات والقانون الدولى الخاص. وقد عالج الفقه الإسلامى جميع المسائل والموضوعات التى تناولتها هذه القوانين .

فبالنسبة للقانون المدنى نجده يمثل جزءًا من المعاملات فى الفقه الإسلامى فى مباحث البيوع والإيجار والرهن والمساقاة والمزارعة والهبة والوديعة . . . إلخ[2].

وقد تكلم فقهاء الشريعة عن الأموال وطرق اكتسابها وانتقالها كما تكلموا على الحق وبينوا مصادره المختلفة وعالجوا نظرية العقد والفعل الموجب للضمان وذكروا تطبيقات لنظرية الإثراء دون سبب . ثم بحثوا علاقة الدائن بالمدين وتكلموا عن طرق التنفيذ المختلفة وغير ذلك من موضوعات القانون المدنى ونجد هذا كله منشوراً فى أبواب الفقه المختلفة .

أما الجزء الآخر من القانون المدنى والذى يتعلق بحالة الأشخاص - وأهليتهم وبالمسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج والطلاق وحقوق الزوجين والمسائل المتطرقة إلى البنوة والإقرار بالأبوية أو إنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب وأحكام الإرث - والوصايا والأوقاف وغير ذلك مما يدخل فى أحكام الأسرة فقد تكلم عنها الفقهاء بالتفصيل فى أبوابها

---

(١) راجع : التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم عبد القادر عوده ، والجنايات فى الإسلام للدكتور حامد محمود إسماعيل . ولنا كتابى (أحكام السرقة فى الفقه الإسلامى) و(الوسيط فى جريمتى الزنا والقذف)

(٢) راجع : أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ولنا المعاملات الشرعية وأحكامها فى الفقه الإسلامى- بحوث على هيئة مذكرات لطلبة كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء .

فى جميع الكتب الفقهية على اختلاف المذاهب . وقواعد الفقه الإسلامى فى هذا المجال غاية فى الدقة وآية فى الإعجاب سبقت الشريعة فيه غيرها من القوانين الوضعية بمراحل بعيدة، بل إن المتتبع لتطور القوانين في مجال الأسرة يجدها تتجه نحو الفقه الإسلامى تستمد أحكامها منه وتسترشد بنظرياته فى تقرير هذه الأحكام ولا شك أن هذه الأمور قد أخذت قدراً كبيراً من عناية فقهاء الإسلام وذلك لاتصال القواعد التى تحكم مثل هذه الأمور بالعبادات .

وأما أحكام المرافعات وهى الأحكام التى تتكلم عن شروط الدعوى وطريقة الحكم فيها وتبين القاضى المختص بفصل النزاع وما يجب على الخصوم اتباعه للوصول إلى حقوقهم أو الفصل فى قضاياهم فقد حظى بأبحاث مطولة وتكلم فيه الفقهاء المسلمون بما لم يسبقوا إليه وتجد ذلك فى أبواب الدعاوى فى كتب الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه كما تجده فى بعض الكتب المتخصصة ككتاب «معين الحكام» لعلاء الدين الطرابلسى المتوفى سنة ٨٤٤هـ و«تبصرة الحكام لابن فرحون المتوفى سنة ٧٩٩ هـ» و«الطرق الحكمية لابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ هـ» وغير ذلك من الكتب التى تخصصت بالبحث فيما يتردد بين الخصوم أمام القضاء وما يجب على القاضى اتباعه عند الفصل فى القضايا ومدى حجية ما يصدره من أحكام .

ومن جهة أخرى فقد عقد الفقهاء المسلمون أبوابًا خاصة فى كتبهم بما يسمى الآن بنظام القضاء تكلموا فيها عن شروط القاضى ووظيفته وطريقة تعيينه والقواعد التى يتبعها عند الفصل فيما يعرض عليه من قضايا(١) .

وأما عن أحكام القانون الدولى الخاص وهو الذى يتولى بيان مدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعوى وتحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان أحد عناصر النزاع أجنبيا فقد بينه الفقهاء المسلمون عند كلامهم عن العلاقات التى يدخل فيها طرف غير مسلم من أهل الذمة أو ممن دخلوا بلاد المسلمين بأمان

---

(١) راجع للمؤلف كتاب «السلطة القضائية ونظام القضاء فى الإسلام» ، وكتاب «نظرية الدعوى والإثبات فى الفقه الإسلامى» مع المقارنة بالقانون الوضعى .

دائم أو مؤقت وبينوا فى ذلك حالات اختصاص القضاء الإسلامى وما يطبق على مثل هذه العلاقات من أحكام . كما وضعوا قواعد عامة يلتزم به غير المسلمين من أحكام الإسلام ما يطبق من أحكام مللهم وشرائعهم وذلك سواء كان غير المسلمين يقيمون بدار الإسلام إقامة دائمة أو مؤقتة .

والفقه الإسلامى وإن لم يصرح باصطلاح الجنسية إلا أنه قد تكلم عن الرابطة التى تربط الفرد بالدولة وذلك هو مفهوم الجنسية فى الاصطلاح الحديث فتكلموا عما يربط الفرد بالدولة وأسباب زوال هذه الرابطة بما يجعل هذه الأبحاث قريبة من الأبحاث الخاصة بأسباب اكتساب وفقد الجنسية فى القانون الدولى الخاص .

وقد توسعت كتب الفقه الإسلامى فى تفصيل حقوق الأجانب بطريقة لم يسبق الشريعة الإسلامية فيها قانون وضعى آخر [1].

---

1) راجع المدخل إلى الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد ص ١٥ وما بعدها الطبعة الأولى والدكتور أحمد النجدى ص ٢٥ وما بعدها والدكتور محمد الحسينى حنفى ص ٢٩ وما بعدها الطبعة الأولى ، والعلاقات (العامة والخاصة) (ومحمد رسول الإسلام والسلام) لنا ، وآثار الحرب للدكتور وهبه الزحيلى ، والسير الكبير والسير الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى .

المقصد الثالث

علاقة الفقه بالتشريع

٤٢ - **التشريع** هو من القوانين والأحكام التى تنظم للناس حياتهم ومعيشتهم وعلاقاتهم الاجتماعية وتبين ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات .

أما الفقه فهو عبارة عن فهم هذه القوانين والأحكام وذلك بتنظيمها وتبويبها وشرحها وتوضيحها بما يجعلها مفهومة للناس جميعا سهلة التطبيق والتنفيذ وبناء على ذلك يكون المشرع فى الإسلام هو الله وحده صاحب الملك والملكوت لأنه هو وحده الذى بين للناس حقوقهم وواجباتهم فيما أنزله من تشريعات موحى بها إلى النبى ﷺ والذى أمر أن يبلغها إلى الناس جميعا للعمل بها فى كل زمان ومكان .

أما الفقيه فهو الذى يقوم بأعمال الفقه المبينة قبل قليل . والذى يقوم بهذه الأعمال يطلق عليه فقيه أو مجتهد لاجتهاده فى فهم هذه التشريعات لتبيين المراد منها ويمكن أن يطلق على الفقيه مشرع وهذا من باب المجاز لا الحقيقة وذلك باعتبار أن الفقه جزء من الشريعة وفرع منها حسب ما سبق توضيحه ، ولأنه هو الجانب العملى من الشريعة الذى ينظم للناس شئون دنياهم وهو واجب التطبيق والتنفيذ وهو لا يطبق إلا بعد فهمه فهمًا صحيحًا ، وعلم الناس به لأن اللفظ قد يحمل أكثر من معنى واحد كالعام والخاص وما أشبه بذلك . ومن هنا كان التعبير كثيرا من المتكلمين عن تاريخ الفقه بتاريخ التشريع وهو إطلاق مجازى متعارف عليه بين العلماء .

المبحث السادس

«دعائم التشريع الإسلامى وأهم المبادئ الخلقية التى تحكمه»

المقصد الأول

٤٣- دعائم التشريع الإسلامى :

كل تشريع له دعائم يرتكز عليها وكلما قويت هذه الدعائم كان التشريع قويًا صالحًا للأخذ به ويمكن أن نقدم لك موجزاً للدعائم التى نرى من وجهة نظرنا أنها أساس التشريع الإسلامى .

نفى الحرج :

٤٤- **راعى المشرع الإسلامى التيسير على الناس وعدم إيقاعهم فى الضيق والحرج** ولذا جاءت تكاليفه فى حدود الاستطاعة البشرية قال الله سبحانه وتعالى : **﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾**وقال تعالى: **﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾** . ولقد انتقلت هذه المعانى إلى نفس الرسول ﷺ حيث قال : «**بعثت بالحنيفية السمحة**» وقد صح عنه أنه ﷺ ما خُيّر بين أمرين إلا اختار أيسرهما مالم يكن إثما .

لذا فقد سن الشارع لعباده رخصًا دفعًا للمشقة فشرع الصيام ورخص فى الفطر للمريض والمسافر والحامل والمرضع ، وشرع الصلاة من قيام ورخص للمريض أن يصلى حسب مقدوره قائمًا أو جالسًا أو نائمًا ، وشرع الطهارة للصلاة بحيث لا تصح الصلاة من غير وضوء أو غسل و لكنه أباح لنا الصلاة بغير وضوء أو غسل حيث رخص لنا فى التيمم من تراب الأرض بدل الماء بالنسبة للوجه واليدين فقط عند ضرورة المرض أو السفر أو فقد الماء أو وجوده ، مع قلته كحاجته للشرب عند العطش الشديد الذى لا يحتمل قال الله تعالى : **﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيبًا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ما يريد الله**

ليجعل عليكم من حرج﴾ [1] .

وقد شرع الله لنا الحلال ، وأباح الطيبات من الطعام والشراب وحرم علينا مافيه ضرر بنا كالميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر ومع ذلك فقد رخص لنا فى هذه المحرمات عند الضرورة كأكل الميتة إذا لم يوجد غيرها وكان الإنسان مشرفا على الموت والهلاك ، وكشرب الخمر عند الضرورة القصوى كوجودها فى صحراء جرداء لا ماء فيها عند العطش الذى يؤدى إلى الهلاك .

٤٥- قلة التكاليف :

اقتصر التشريع الإسلامى فى التكاليف على أمور محددة وقليلة كى لا يرهق كاهل الناس وكى لا يشق عليهم . فالمتتبع نصوص الشريعة يجد أنها قد تضمنت قلة فى التكاليف سواء كانت واجبة أم محرمة .

فمثلا - من الواجبات المطلوبة - العبادات من صلاة ، وزكاة ، وصيام ، وحج ، ولو بحثنا هذه العبادات بحثًا مستفيضًا بحالتها لوجدنا أنها قليلة يتيسر على الإنسان أداؤها ، أما المشقة التى فيها فإنها لا تعد مشقة تثقل الكواهل بل هى أمر طبيعى فالواقع أن كل أمر فى الحياة لا يخلو من التحمل بعض الشىء أو المشقة وإن كان قليلاً حتى أن الضروريات التى لا غنى عنها مثل الأكل والشرب تحتاج إلى مشقة أيضاً.

أما المحرمات فطريقة التشريع تجاهها أن تكون محصورة أو مستثناة - مثل آية التحريم فى النكاح (أى الزواج) فالتحريم فيه محصور بأصناف معينة من النساء بخلاف الحل فإنه كان بطريق الإذن العام فقد ورد فى شأن التحريم قول الله سبحانه **﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم التى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن﴾**[2] .

---

(١) سورة المائدة الآية ٦

(٢) النساء الآية ٢٣ .

وهذا على سبيل الحصر أما الحل فقد ورد فيه قول الله تعالى : ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم**﴾ (1) .

وكذلك الحال بالنسبة للمطعومات المحرمة فقد وردت على طريق الاستثناء وما عداها فهو من المباحات أخذًا من قوله سبحانه وتعالى : ﴿**هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعًا**﴾ (2) . وقوله تعالى :﴿**قل لا أجد فيما أوحى إلى محرمًا على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دمًا مسفوحًا أو لحم خنزير**﴾ **إلخ.. الآية** (3) .

٤٦ - التدرج فى التشريع :

فقد راعى التشريع الإسلامى التدرج فى أحكامه كى يكون ذلك أوقع فى النفس وأقرب إلى الانقياد وحتى تتهيأ النفوس بالحكم السابق لتلقى الحكم اللاحق فيسهل الأمر عليها .

ونضرب مثلا على ذلك (الخمر لم تحرم دفعة واحدة بل جاء تحريمها على دفعات فقد نزلت النصوص بشأن تحريمها على مراحل فقد نزل قول الله سبحانه وتعالى : ﴿**ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقًا حسنا**﴾(4) .

ثم بعد ذلك نزل قول الله تعالى : ﴿**يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما**﴾(5) .

ثم بعد ذلك نزل قوله سبحانه وتعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى**﴾(6) .

وأخيرًا نزل قوله سبحانه وتعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر**

(1) النساء الآية : ٢٤ .

(2) سورة البقرة الآية ٢٩ .

(3) سورة الأنعام الآية ١٤٥

(4) سورة النحل الآية ٧

(5) سورة البقرة الآية ٢١٨.

(6) سورة النساء الآية ٤٣

والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾[1] .

فهذه آيات محكمات تسلسلت بغية اقتلاع عادة شرب الخمر من نفوس هؤلاء القوم الذين دأبوا على شربها وأصبحت فيهم عادة مستحكمة نزلت فيها التشريعات على مراحل تتهيأ النفوس من خلالها لتقبل ما ينزل عليها وهكذا فى بقية التشريعات .

٤٧- مسايرة مصالح الناس :

فقد راعى التشريع الإسلامى أن تساير أحكامه مصالح الناس جميعًا فى كل زمان ومكان باعتباره أنه خاتم الشرائع السماوية الذى ليس بعده تشريع .

ولو نظرنا بفهم وعمق فى أحكام التشريع الإسلامى لتبين لنا وجه هذه المصلحة حتى فى الأمور التى تعبدنا الله بها وهى ما نعتبرها عبادات خالصة لله تعالى: فإذا تأملنا الحكمة من مشروعية الصلاة نجدها فى قوله تعالى : **﴿إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾**[2] .

وإذا تأملنا الحكمة فى مشروعية الصيام نجدها التقوى وتربية الضمير والإخلاص أخذًا من قوله سبحانه وتعالى : **﴿كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾**[3] .

وإذا ما تأملنا الحكمة من مشروعية الزكاة نجدها زيادة المال وتطهيره والمحافظة عليه من تعدى الغير عليه بالهلاك أخذًا من قوله سبحانه وتعالى : **﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾**[4] .

ولذلك كانت الزكاة فى اللغة هى التطهير والنماء . كما كانت الحكمة من مشروعية الحج هى تبادل المنافع بين الناس من كل أنحاء العالم فى جميع المجالات التجارية والسياسية والاجتماعية أخذًا من قول الله سبحانه وتعالى : **﴿ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما**

---

(١) سورة المائدة الآية ٩٠ .

(٢) سورة العنكبوت الآية ٤٥ .

(٣) سورة البقرة الآية ١٨٣ .

(٤) سورة التوبة الآية ١٠٣ .

رزقهم من بهيمة الأنعام﴾[1] .

هذا فى العبادات فما بالك بشأن أمور المعامـلات أو التصرفات الاجتماعية التى تخص البشر ولا ينال الله من أعمالنا فيها شيئًا إلا طاعة أوامره واجتناب نواهيه لأنه سبحانه وتعالى منزه عن جميع الصفات البشرية والنقائص التى عليها البشر ولا شك أن تشريعها والحكمة منها واضـحة وهى أولاً وأخيراً مصلحة الإنسان

فالتشريعات الإسلامية – توازن بين النفع والضرر فما كان فيه ضرر تمنعه وتنهى عنه وما كان فيه مصلحة للإنسان تجيـزه ولا تمنعه ولهذا فإن الشريعة الإسلامية لم تحرم على الناس أمراً إلا إذا كان مفـسداً لهم ولم توجب عليهم أمرًا إلاّ إذا عاد عليهم بالنفع دون ما ضرر فقد حرمت الخمر لما لها من آثار سيئة تعود على الإنسان مثل حلول العـداوة والبغضاء بين متناوليها ، والتـأثير على العقل أهم شيء فى الإنسان والفقر الذى قد يحل بسبـبها ، وفى ذلك من الأضرار الطبية التى لا حصرلـها وقد بينها وعرفـها الطب الحديث فكان من المصلحـة تحريمها على الإنســان . كما أن التشـريع الإسلامى يربط الحكـم التشريعى بالمـصلحة وجوداً وعدمًا فحـيثما وجدت المصلحة وجد الحكم وإن كـان ذلك يخفى علينا فى بعض التشريعات فتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وما فى حكم ذلك يترتب عليه مصلحـة وهى إبقاء حبل المودة متصلا بين الأرحام وهى مـصلحة ثابتة لا تتغـير بمرور الزمن بـخلاف الحكم بحل ذلـك حيث يؤدى إلى تقطـيع أواصر المحبة والرحم ومن هنا غلب جانب المصلحة الذى هو ثابت دائمًا ولا غنى عنه فكان الحكم الـتشريعى بـحرمة هذا الجـمع بين النساء فى الـزواج فى حالات خاصة .

ولكون الحكم يدور مع المصلحة وجـوداً وعدمًا فإن الحكم قد يتغيـر تبعًا لذلك ومثال ذلك – المؤلفـة قلوبهم وهم الذين فرض لهم سهـم أو نصيب من أموال الزكاة فى قـوله تعالى : **﴿إنما الصدقات لـلفقراء والمساكين والعاملـين عليها**

(١) سورة الحج الآية ٢٨ .

والمؤلفة قلوبهم﴾[1] الآية. فقد نظر سيدنا عمر في الحكمة من التشريع هو إعطاء هؤلاء الكفار المؤلفة قلوبهم ووجد أنها قد زالت حيث قويت شوكة المسلمين وأصبحوا ليسوا فى حالة تدعوهم إلى دفع الأموال إلى الكفار يستميلونهم بها ويأمنون من شرهم وبأسهم ، أو لإغرائهم على التقرب لجانبهم. ولهذا فقد منع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه هذا السهم ولم يعطه للكفار اجتهاداً منه فى أن المصلحة قد زالت ولا يعد هذا الفعل من سيدنا عمر نسخًا للحكم لأنه لا نسخ بعد وفاة النبى ﷺ ومعنى ذلك أن الأمر لو تغير تبعه حكم يلائمه .

والنسخ وإن كان قد انتهى بانتهاء الوحى فإن الشارع علل الأحكام ليرشدنا إلى أن الحكم يتبع علته ويتغير بتغيرها فى الكثير الغالب فى مسائل المعاملات التى كثيرًا ما تتأثر باختلاف المكان وتغير الزمان فإذا تضاربت المصالح لوحظ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ومن أجل هذا لم تتناول النصوص التشريعية فى الإسلام أحكام المعاملات بالتفصيل وإنما دلت عليها بوجه عام حتى يكون ولاة الأمر فى سعة من أخذ الأحكام منها فى دائرة ما يحقق الصالح العام .

العدالة المطلقة :

٤٨- **والعدالة** من دعائم التشريع الإسلامى الهامة وقد حرصت الشريعة الإسلامية على رعاية هذا الأساس التشريعى الهام وهو العدالة المطلقة فى جميع أحكامها.

وأول ما يلاحظ من هذا أنها ساوت فى أحكامها الدنيوية بين الناس جميعًا أما فى أحكامها الأخروية فقد اقتصرت على من آمن بها وخضع لأحكامها .

٤٩- ففى تقريرها لحقوق الأفراد عملت على موازنتها ومعادلتها بالواجبات فلا يكاد يوجد فيها حق إلا ويقابله واجب على صاحب الحق نفسه . ومن ذلك الزوج له على زوجته حق الطاعة ولها فى مقابل ذلك واجب حسن المعاشرة

(١) سورة التوبة الآية ٦٠

وعدم المضارة والنفقة . ومنه أيضًا وجوب الإنفاق فى مقابلة حق الإرث فالذى يثبت له حق الإرث فى تركة قريبه لو مات يكون عليه فى مقابلة ذلك واجب الإنفاق عليه فى حياته وقد استنبط الفقهاء من الفروع الفقهية بناء على ذلك قاعدة فقهية تؤكد المعنى السابق وهى (أن الغُرْم بالغُنْم).

٥٠- وفى باب القضاء والشهادة - نرى أن الشريعة الإسلامية توجب على القاضى أن يسوى بين الناس فى المثول بين يديه وفى إقباله عليهم وسماعه لحجتهم وأن يمتنع عن الفصل فى الخصومات إذا رأى نفسه واقعًا تحت تأثير حالة نفسية ما تقضى به إلى عدم تحقق العدل أو رعايته كحالة الغضب حيث يقول النبى ﷺ (لا يقضى القاضى وهو غضبان) كما أوجبت الشريعة على القاضى ألا يحكم إلا لمن أقام الحجة على حقه أو نكل خصمه عن اليمين ، وأوجبت أن يشهد الإنسان بالحق ولو على نفسه أو أقرب الناس إليه ولو كان الوالدين بل أوجبت على المسلمين ألا يشهدوا على أعدائهم إلا بالحق . وأن يراعوا فى معاملاتهم الصدق والعدل وألا تحملهم عداوتهم لهم على أن يظلموهم قال الله تعالى : **﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾**(١) .

٥١- وفى باب المعاملات :

أوجبت الشريعة الإسلامية التكافؤ بين العوضين فى عقود المعاوضات المالية ولهذا حرمت الربا قليله وكثيره وقرر الفقهاء لهذا بأن المعقود عليه يجب أن يكون موجوداً عند العقد وأن يكون مقدوراً على تسليمه لأنه إن لم يكن موجوداً بل كان ممكن الوجود مستقبلا لاحتمل ألا يوجد أو أن يؤخذ على نحو غير الذى رغب فيه المشترى فلا يتحقق التكافؤ بين العوضين ولو كان غير مقدور التسليم فقد يباع بأقل من ثمنه لو كان مقدوراً على تسليمه فلو قدر عليه المشترى يكون غبن للبائع ولو لم يقدر عليه يكون المشترى قد غبنه البائع وفى كلتا الحالتين لا يتحقق التكافؤ بين العوضين وتبع هذا أيضا اشتراط الفقهاء أن

(١) سورة المائدة الآية ٨ وراجع تفصيل ذلك فى كتابينا « السلطة القضائية ونظام القضاء فى الإسلام» و«نظرية الدعوى والإثبات فى الفقه الإسلامى» .

يكون المعقود عليه معلومًا عند العقد علمـا كافيًا تنتفى معه المنازعة لأنه لو كان مجهولاً لم يكن التكافؤ بين العوضين مؤكدًا .

٥٢- وفى باب العقوبات :

ترى الشريعـة الإسلامية قد أوجـبت القصاص لأن به تحقق المـساواة فى الجناية والألم بين الجانى والمجنى عليه وقد أبطلت الشريـعة ما كان يجرى عليه العرب فى الجاهلية من التفرقة بين الناس فى العقوبة حيث كانوا لا يقتصون من الرجل بسبب قتل المرأة ولا من الكبير بسبب قتـله الصغير ولا من الشريف بسبب قتله شخص عـادى - أبطلت الشريـعة كل هذا وأوجبـت المساواة بين الجمـيع عند استوائهم فى الجناية .

كما أوجـبت الشريعة الإسـلامية على ولى الأمـر إيقاع العقـوبة على من ثبت ارتكابه للجناية ولم يعف عنه المجنى عليه إذا كانت العقوبة قد روعى فيها حق المجنى عليه كما فى جريمة الاعتداء على الغير التى توجب القصاص فى النفس وما دونها وفى غير ذلك لا يكون لعفو المجنى عليه أثر فى إسقاط العقوبة وهذا يشمل جرائم الحدود والتعازير .

وقد غضب رسول الله ﷺ عندما شفع أسـامة بن زيد عنده فى المرأة المخزومية التى سـرقت وقال (أتشـفع فى حد من حـدود الله يا أسامـة؟ والله إنما أهلك الذين من قـبلكم أنهم كـانوا إذا سرق فيـهم الشريف أعـفوه وإذا سرق فـيهم الضعيف أقـاموا عليه الحد وايم الله لو أن فـاطمة بنت محمـد سرقت لقطعت يدها)[1] .

---

(١) راجع الإسلام و الأسرة والمجتمع ص ١٥ ومدخل الفقه لـلدكتور زكريا البرى ص ٧٢ والمدخل للدكتور محمد الحسـينى حنفى ص٢٠٦ ومابعدها ونظرية القاعدة الشـرعية والقانونية للدكتور عـبد المنعم الصدة ص١٤ والموافقـات للشاطبى ص٢ ، ٣ ومـا بعدها وأصول الفـقه للشيـخ أبو زهرة ص ٣٥٠ والمستصفى للغزالى جـ ١ ص ٢٨٦ ومـابعدها وأصول الفقه للشيـخ عبد الوهاب خلاف (الطبعـة السادسة ص ٢٣١ وما بعدها) . .

المقصد الثانى

وأهم المبادئ الخلقية التى يجب أن تحكم المجتمع فى ظل التشريع الإسلامى هي:

٥٣- **الأخوة** : والأخوة فى الدين المراد بها أخوة الإسلام وأما الأخوة فى الوطن فهى الأخوة العامة التى تجمع بين المسلمين وغيرهم فى وطن واحد يعيشون معًا على مبدأ الأخوة الإنسانية العامة فى إطار الحب والتعاون تحت راية القوانين والأحكام التشريعية الإسلامية العامة التى تطبق على الجميع بالنسبة للحقوق والواجبات لا فرق بين المسلم وغيره اللهم إلا فى أمور خاصة تراها الشريعة الإسلامية متصلة بعقيدة غير المسلم فتتركها له حسب عقيدته وما عدا ذلك تطبق عليه المبادئ التى تطبق على المسلم.

ولقد جاء القرآن الكريم مقررًا لهذا المبدأ بشقيه العام والخاص قال الله سبحانه وتعالى : **﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبًا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾**[1] .وقال رسول الله ﷺ: **(كلكم لآدم وآدم من تراب)**. وقال تعالى: **﴿إنما المؤمنون إخوة﴾**[2]. وقال رسول الله ﷺ: **(المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه)**.

وقد رجحت هذه الأخوة على ما عداها من صلات حتى صلة النسب وفى هذا المعنى يقول القرآن الكريم **﴿لا تجد قومًا يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادّون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم﴾**[3] .

---

(١) سورة الحجرات الآية ١٣ . .

(٢) سورة الحجرات الآية ١٠ .

(٣) سورة المجادلة ٢٢

كما ربطت هذه الأخوة بين قلوب المسلمين فى المعونة والنصح والمحبة حيث قال النبى ﷺ فى هذا : «**المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا**».

وقال رسول الله ﷺ «**لا يؤمن أحدكم حتي يحب لأخيه ما يحب لنفسه**» وجاء في القرآن الكريم دعاء المسلمين فى هذا المعنى وهو قوله تعالى : ﴿**ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل فى قلوبنا غلاً للذين آمنوا**﴾(٢) .

٥٤- إنكار الطبقية :

ليس فى الشريعة الإسلامية نظام الطبقات وإذا كان الغنى والفقر حقيقتين واقعتين فى كل مجتمع إلا أن الشريعة لا تعترف بنظام الطبقات على أساس الغنى والفقر وإنما يكون الفضل بالتقوى والعمل الصالح ، يقول النبى ﷺ «**إن الله لا ينظر إلى صوركم ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم**».

وتأبى الشريعة الإسلامية أن يكون الناس طبقات على أساس النسب لقوله ﷺ «**ليس منا من دعا إلى عصبية**» كما تحول الشريعة الإسلامية دون أن يكون الجاه أو السلطان مؤدياً إلى الطبقية . وعملت على محو ذلك من النفوس عن طريق ما شرعته من عبادات ومعاملات تتصل بالعقيدة وتستقر فى النفوس، ولهذا فقد كان الحكام المسلمون الأوائل يؤثرون الضعفاء على الفضلاء فى الأمة . ولهذا السبب فقد منع الأمير عمر بن الخطاب خليفة المسلمين وقتئذ كبار قريش من أن يذهبوا إلى الأقاليم الإسلامية حتى لا يكونوا فيها طبقة للأشراف تتحكم فى الناس(٣) .

٥٥- التقريب بين الغنىّ والفقير :

لا شك فى أن الغنى والفقر حقيقتان واقعتان فى كل مجتمع وهذا يظهر من قول الله سبحانه وتعالى ﴿**نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا**﴾(٤) .

---

(١) سورة الحشر الآية ١٠ .

(٢) راجع نظرية القاعدة ص ٦٥ .

(٣) سورة الزخرف الآية ٣٢ .

ذلك أن الناس يتفاوتون حتما فى قُدُراتهم الفكرية والمادية وفيما يتاح لهم من أسباب الرزق وفيما يحيط بهم من ظروف .

ومن أجل ذلك عملت الشريعة الإسلامية على علاج الفقر بالقضاء على أسبابه حتى تضيق المسافة ما أمكن بين الغنى والفقير وذلك بعدة وسائل منها السعى على الرزق . وقد حثت على ذلك الشريعة والأدلة على ذلك كثيرة منها قول الله تعالى : ﴿**فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه**﴾[1] . وقال رسول الله ﷺ «**من الذنوب مالا يكفره إلا السعى على العيال**» بل تعتبر الشريعة العمل للإنفاق منه على الضعفاء كالجهاد فى سبيل الله حيث قال عليه الصلاة والسلام: «الساعى على الأرملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله». وتنكر الشريعة على القادر قعوده عن العمل فقد جاء شاب إلى رسول الله ﷺ يطلب صدقه فوجده الرسول عليه الصلاة والسلام قويًا قادرًا فلم يعطه نقودًا وإنما أعطاه فأسًا ليقطع بها الحطب حيث أعطاه آلة العمل . وقال النبى ﷺ فى حق القادرين على العمل «لأن يحتطب أحدكم بفأسه خيرًا له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه» .

ومنها تكريم العمل اليدوى والتشجيع عليه : فقد قال النبى ﷺ «ما أكل ابن آدم طعامًا قط خيرًا من أن يأكل من عمل يده وإن نبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده» .

ومنها التنفير من تكديس الثروة فى أيدى فئة قليلة تتداول المال فيما بينها دون غيرها ممن لا يجده . وقد جعل الله سبحانه وتعالى ذلك سببًا من أسباب قسمة الفَيْىء. الذى يجىء من الجهاد بدون حرب قال تعالى : ﴿**ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دُولَةً بين الأغنياء منكم**﴾[2] .

---

(١) سورة الملك الآية ١٥ .

(٢) سورة الحشر الآية (٧) .

ومنها الكفارات : فقد شرعها الله سبحانه وتعالى تكفيراً للذنوب أو درءاً للتقصير . فهى فى الحالة الأولى عقوبة ، وفى الثانية عبادة ، وفى كلتا الحالتين فهى واجبة وتنتهى فى الغالب إلى وجوب إطعام الفقراء بمقادير محددة وفى هذه الحالة تصبح الكفارات ديونا تتعلق بذمة من تجب عليه حتى يؤديها وقد ترك أمرها لمن يجب عليه أداؤها . لأنها علاج للفقر والعجز الذى قد لا يصل إلى علم ولى الأمر فى الدولة .

ومنها الوفاء بالنذر : لأن الشريعة توجب على من نذر أن يوفى بنذره ؛ فإذا نذر شخص صدقة معينة إذا تم له أمر يبغيه - كان هذا النذر واجب الوفاء . لقوله ﷺ «من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه».

وقال سبحانه وتعالى محرضا على الوفاء بالنذر ما دام فى طاعة **﴿وما أنفقتم من نفقة أو نذرتم من نذر فإن الله يعلمه وما للظالمين من أنصار إن تُبدُوا الصدقات فَنعمَّا هى وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم والله بما تعملون خبير﴾**[1] .

٥٦- التكافل الاجتماعى :

تفرض الشريعة الإسلامية ألوانا من التكافل الاجتماعى لسد حاجة المحتاجين ورفع عوز المعوزين وهى فى هذا الصدد تجعل لهؤلاء حقًا فى أموال الأغنياء يؤخذ بحكم الشرع . قال تعالى فى وصف المؤمنين **﴿الذين هم على صلاتهم دائمون والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾**[2] .

وهذا التكافل تقرره الشريعة فى نطاق الأسرة وفى نطاق المجتمع الصغير فى القرية أو المدينة ، وفى نطاق الأمة كلها .

ففى نطاق الأسرة : توجب الشريعة على الغنى نفقة الفقير العاجز عن كسب قال الله تعالى فى بيان إنفاق الأقارب بعضهم على بعض **﴿ليس على الأعمى**

(١) سورة البقرة الآيتان (٢٧٠-٢٧١) .

(٢) سورة المعارج الآيات (٢٣ - ٢٥).

حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا فإذا دخلتم بيوتًا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تعقلون﴾[1] .

وفى نطاق المجتمع الصغير : تفرض الشريعة واجبات بحسب كل حالة ففى مستوى الحى تفرض واجبات لصالح الجار فما من آية ذكر فيها الإحسان إلى الأقارب حتى يكون معه الإحسان إلى الجار وخذ مثلا لذلك قوله سبحانه وتعالى : **﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئًا وبالوالدين إحسانًا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب﴾**[2] . ولهذا كرر النبى ﷺ الوصية بالجار فقال: «مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه» وهذا الحق يثبت للجار سواء كان مسلمًا أم غير مسلم.

وعلى مستوى القرية أو المدينة تجب معاونة من يطلب المعاونة وتضطره الحاجة إلى أن يطلبها ، وهذه الصدقة واجبة بنص القرآن الكريم فضلاً عن الزكاة أخذًا من قوله تعالى : **﴿ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين وفي الرقاب وأقام الصلاة وآتى الزكاة والموفون بعهدهم إذا عاهدوا والصابرين فى البأساء والضراء وحين البأس أولئك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون﴾**[3] .

وقد أخذ الفقهاء من هذا النص أنه إن كانت الزكاة لا تسد حاجة الفقراء فى قرية أو مدينة وجب على أهل هذه أو تلك أن يسدوا حاجة هؤلاء فإن لم يفعلوا كانوا جميعًا آثمين .

---

(١) سورة النور الآية ٦١ .
(٢) سورة النساء الآية ٣٦ .
(٣) سورة البقرة آية ١٧٧ .

وفي نطاق الأمة كلها : تفرض الشريعة الزكاة لصالح الفقير المحتاج على المسلمين وضريبة فى معناها على غير المسلمين الذين يعيشون مع المسلمين فى ذمة أو أمان .

وفريضة الزكاة هي أحد أركان الإسلام الخمسة التى ورد فيها الحديث الشريف: «بُنى الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلاً». والإيمان بفرضية الزكاة يعتبر مما هو معلوم من الدين بالضرورة بمعنى أن فريضتها تتجلى فيما نزل من آيات وفيما فرض من فرائض .

وقد بين الله سبحانه وتعالى مصارف الزكاة بقوله تعالى: **﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم﴾**[1] .

والأصل أن جمع الزكاة يتولاه ولى الأمر كما أنه يجمع بين الزكاة والضرائب إذ أن للزكاة مصارف خاصة ذكرتها الآية وليست هذه هى كل مرافق الدولة .

ومما تجب ملاحظته أن الإنفاق على الفقراء والعاجزين واجب على الدولة بإجماع الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك عيالا فإليّ وعليّ» . ومعنى هذا أن رعاية الدولة للمحتاجين واجبة سواء تولت جمع الزكاة أم لم تفعل وسواء كانت أموال الزكاة كافية أم غير كافية . وهذه الرعاية واجبة للمسلمين وغير المسلمين لأن التكافل الاجتماعى الإسلامى لا تختص به طائفة من المجتمع دون طائفة .

وقد ثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه،وهو خليفة كان يتفقد الرعية فوقع نظره على رجل من أهل الذمة كبير السن أعمى يسأل الناس فقال له عمر رضى الله عنه : ما ألجأك إلى هذا ؟ قال : السن والجزية والحاجة . فقال له عمر رضي الله عنه: ما أنصفناه إن أكلنا شبيبته وتركناه فى هرمه ؛ وأخذه إلى

(١) سورة التوبة الآية ٦٠

بيت المال وقــال لخازنه: انظر هذا وأمثـاله وافرض لهم من بيت مــال المسلمين واحمل عنهم الجزية) . وقد سار المسلمون على هذا المبدأ من بعده .

٥٧- مبدأ التضامن فى المسئولية :

تأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ من أسمى المبادئ تقتضيه الأخوة القائمة بين أفراد الجماعة نحو مبدأ المسئولية المشتركة أو التضامنية بين هؤلاء عما يقع من أحدهم من مخالفـات أو تقصيرات تمس حقوق الجمـاعة وأمنها ونظامها بحـيث يشعر الجميع بمسئولية بعضهم عن بعض .

وتتحقق هذه المـسئولية فيمـا هو مفروض على أفراد الجمـاعة من واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهو ما يسمى كذلك بالدفاع الشرعى العام تمييزًا له عن دفع الصائل باعتباره دفاعًا شرعيًا خاصًا ، وفيه يقول الله سبحانه وتعالى: **﴿ولتكن مـنكم أمة يـدعون إلى الخـير ويأمـرون بالمعـروف وينهون عـن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾**[١] .

ويذهب جـمهور الـفقه الإسـلامى إلى أن الأمر بـالمعروف والنهى عـن المنكر واجب كفائى فـإذا قام به البعض سقط الحرج عن الباقـين وإذا لم يقم به أحد أثم الجميع .

ولا شك أن من شأن هذا الواجب أن يخلق رأيًا عامًا فاضلاً يدفع إلى النصح والإرشــاد ويؤدى إلى تعـاون أفـراد المجـتمع فـى محـاربة الآفـات الخلـقيـة والاجتماعـية . ولذلك اعتبره الله سبـحانه وتعالى عنوان الأمة الفـاضلة فقال تعالى : **﴿كنتم خـير أمة أخـرجت للناس تأمرون بـالمعروف وتنهـون عن المنكر وتؤمنون بالله﴾**[٢] .

وإذا سكتت الأمـة عن هذا الواجب ألفـت المنكر ففـسدت أخـلاقها وتفـرقت كلمتهـا ؛ ولذلك يقول عليه الصـلاة والسلام «لتأمرن بالمعـروف ولتنهون عن

(١) الآية آل عمران الآية ١٠٤ . .

(٢) سورة آل عمران الآية ١١٠ .

المنكـر ولتأخـذن على يدى الظـالم ، أو ليضـربنّ الله بقلـوب بعضكـم على بعض» .

ولقد قص الله علينا مصير الأولين من الأمم التى قعدت عن هذا الواجب فكان من نتيجته أن حلت بها الويلات والنكبات قال تعالى : **﴿فلولا كان من القرون من قبلكم أولُـوا بقية ينهون عن الـفساد فى الأرض إلا قليلا ممن أنجينا منهم ، واتبع الذين ظلموا ما أترفوا فيه وكانوا مجرمين﴾**[1] .

وقد أوجب الله اللعنة على بنى إسرائيل لتركهم هذا الواجب حيث قال سبحانه وتعالى : **﴿لُعن الذين كفروا من بنى إسرائيـل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانو يعتدون ، كانوا لا يتـناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون﴾**[2]

وقد أخذ بعض الفقـهاء من هذا وخاصة الفقهاء الـظاهرية وجوب تضمين أهل الحى أو القبـيلة أو المدينة الصغـيرة التى وقعت بهـا جريمة قتل ووجـدت جثة القتيل ولم يعلم القاتل حيث يـجب على الجميع الاشتراك فى دفع الدية لأهل القتيل ، وهذا لأنهم جـميعا قد قصروا فى حمايـة هذا الشخص الذى اعتدى عليه بينهم وهو فى حماهم ولهـذا عوقبوا بدفع الدية لأن الإسلام هو صاحب مبدأ التضامن فى المسئولية كما سبق القول .

وإذا كان القانون الـوضعى يأخذ بهذا الواجب أى مـبدأ التضامن فى المسـئولية كالاعتـراف للأفراد بحق النقد والتوجـيه ومنع الجانى من ارتكاب جـريمة ماسة بمصلحة الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة فإنه يفعل ذلك فى نطاق ضيق يـقتصر على حـالات معينة بيـنما تأخذ الشـريعة الإسلاميـة بهذا الواجب على إطلاقـه فتفرضـه فى كل حالة يقع فيـها ما يمس حـقوق الأفراد والمجتمع على حد سواء[3] .

(١) سورة هود الآية ١١٦ .

(٢) سورة المائدة الآيتان ٧٨ ، ٧٩

(٣) راجع نظرية القاعدة الشرعية والقانونيـة ص ٧٠ والمدخل للدكتور زكريا البرى ص ٨٢ والمدخل للدكتور محمد الحسينى ص ٢٠٢ .

٥٨- مبدأ مداومة استثمار المال لخير المجتمع :

الشريعة الإسلامية توجب على المالك أن يداوم على استثمار ماله فى الوجوه التى تعود بالخير عليه وعلى المجتمع وفى ذلك يقول الله تعالى : ﴿**والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم . يوم يُحمى عليها فى نار جهنم فتُكوى بها جباههم وجُنوبهم وظُهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون**﴾(١)

المبحث السابع

وحدة التشريع الإسلامى واستقلاله عن التشريعات الأخرى وعدم تأثره بالقانون الرومانى أو بأى قانون وضعى آخر

٥٩- الدين الإسلامى هو خاتم الأديان السماوية وتشريعه هو آخر التشريعات الإلهية وهو كامل وشامل وصالح لكل زمان ومكان إلى أن تقوم الساعة وقد سبق التدليل على ذلك فى المبحث الثانى من الباب الأول . ولكن لما كان قد ظهر الإسلام فى بلاد العرب ومنها انطلق العرب بعد إسلامهم إلى البلاد المجاورة والبعيدة فتم لهم فتحها والسيطرة عليها فى مدة وجيزة ولما كان من هذه البلاد المفتوحة الأقاليم التى كانت خاضعة للدولة الرومانية الشرقية كالشام ومصر وغيرها ، والأقاليم التى كانت خاضعة للدولة الفارسية فقد ترتب على هذا الفتح أن حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الرومانى الذى كان مطبقًا فى تلك الأقاليم وبناء على ذلك فقد أثيرت بعض الشبهات حول تأثر الشريعة الإسلامية فى تشريعها بالقوانين والتشريعات التى كانت تحكم هذه الأقاليم ولكن ما تأثر به أكثر هو القانون الرومانى ومن أجل هذا فقد أثيرت مسألة علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى بين علماء القانون وفقهاء التشريع على اختلاف مناحيهم فذهب فريق منهم إلى أن الشريعة مستمدة من القانون

---

(١) سورة التوبة الآيتان ٣٤ ، ٣٥ .

الرومانى وأنه مصدرها وعلى أساس قواعده أقام فقهاء الشريعة الإسلامية كيانها القانونى ؛ ومن هذا الفريق المستشرق جولد زيهر ، وفون كريمر ، وشيلدون آموس ، الذى قال : إن الشرع المحمدى ليس إلا القانون الرومانى للإمبراطورية الشرقية معدلا وفق الأحوال السياسية فى الممتلكات العربية ، والقانون المحمدى ليس سوى قانون جستنيان فى لباس عربى(١) .

وذهب فريق ثان إلى أن الشريعة الإسلامية لم تتأثر بالقانون الرومانى فى كل أحكامها التشريعية وإنما تأثرت به وكان مصدرها فى بعض أحكامها الفرعية فقط .

وذهب فريق ثالث إلى عكس ما ذهب إليه الفريقان الأولان تمامًا حيث نفى تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى كليا أو جزئيا واستقلالها القانونى والتشريعى بل بين هذا الفريق من ذهب إلى أن القانون الرومانى هو الذى تأثر بالتشريع الإسلامى وممن ذهب إلى الرأى الثالث من المستشرقين المستشرق الإيطالى (نالينو) Nallion وفيتز جيرالد Fitzgerald ومن العرب القانونى والفقيه المصرى الأستاذ على البدوى والدكتور عبد الرازق السنهورى ، والدكتور محمد يوسف مرسى ، والأستاذ محمد مدكور وهم مسلمون والدكتور شفيق شحاتة وهو مسيحى مصرى(١) .

٦٠- **أدلة القائلين بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى والرد عليها** - استدل القائلون بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى بالأدلة التالية :

أولا : أن النبى محمد ﷺ كان على معرفة واسعة بالقانون الرومانى البيزنطى المطبق فى الإمبراطورية الرومانية الشرقية ؛ وعن طريق هذه المعرفة تسربت قواعد هذا القانون إلى الشريعة الإسلامية(٢) .

---

(١) الدكتور عبد الكريم زيدان ؛ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية الطبعة الرابعة ص ٧٣ وما بعدها والدكتور صوفى حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى ص ٦ والدكتور صبحى محمصانى : فلسفة التشريع فى الإسلام ص ١٨٨ .

(٢) الدكتور عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة ص ٧٤ .

(٣) المرجع السابق .

٦١- ويرد على هذا الزعم فى دليلهم الأول بأنه باطل من أساسه لأنه من الحقائق المعروفة المسلم بها أن النبى ﷺ ولد فى بيت عربى أصيل وفى مكة وهى بلد عربى خالص لا أثر فيه للتقاليد الرومانية ولا للقانون الرومانى ولا يوجد فيها من يعرفه . والنبي ﷺ لم يغادر مكة إلى خارج الجزيرة العربية إلا مرتين قبل البعثة ؛ الأولى وهو ابن اثنتى عشرة سنة على الأرجح حيث خرج مع عمه أبو طالب إلى الشام فى تجارة فبلغ به بصرى . والثانية كانت عندما خرج فى تجارة لخديجة مع غلامها ميسرة وسنه آنذاك خمس وعشرون سنة وكان ذلك قبل البعثة وقد وصل النبى ﷺ فى هذه الرحلة إلى بصرى ولم يلبث فيها إلا زمنا قليلا حتى رجع إلى مكة ، ولم يرافقه فى هاتين الرحلتين إلا عرب خلص لا معرفة لهم بالقانون الرومانى كما لم يخالطه فى بصرى أحد من علماء القانون الرومانى العارفين به ولم يكن هناك أى سبب يدعو حكام الدولة الرومانية أو أحد فقهائها لتعليم النبى محمد ﷺ قبل البعثة قواعد القانون الرومانى فى مدة مكثه فى بصرى ؛ ولم تجر العادة بوقوع مثل هذا التعليم مع التجار العرب القادمين إلى الشام فى رحلاتهم المتعددة . وأيضًا فإن النبى ﷺ لا يتصور منه الاطلاع على القانون الرومانى مكتوبًا ، لأنه كان لا يعرف القراءة والكتابة لقوله تعالى : ﴿**وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذًا لارتاب المبطلون**﴾(١) والشريعة الإسلامية بعد هذا وذاك وحى من عند الله فمن المستحيل أن يختلط بهذا الوحى شيء من القانون الرومانى أو غيره لا سهوًا ولا تعمدًا من الرسول ﷺ لأن الله سبحانه قد تولى حفظها بنفسه(٢) قال تعالى : ﴿**إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون**﴾(٣). وقال أيضا فى شأن محمد ﷺ : ﴿**ولو تقوّل علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين**)(٤).

(١) سورة العنكبوت الآية ٤٨

(٢) الدكتور عبد الكريم زيدان المدخل للشريعة ص ٧٦ .

(٣) سورة الحجر الآية ٩ .

(٤) سورة الحاقة الآيات ٤٤-٤٦ والوتين هو عرق فى القلب إذا قطع مات صاحبه وهو الشريان الرئيسى الذى يغذى جسم الإنسان بالدم النقى الخارج من القلب . وانظر معجم ألفاظ القرآن الكريم جـ٢ ص ٨١٩ طبع الهيئة العامة المصرية للنشر سنة ١٩٧٠ .

٦٢- **الدليل** الثانى والرد عليه : (قولهم: إن القانون الرومانى كانت له مدارس قانونية فى قيصرية ، وبيروت ، والقسطنطينية ، والإسكندرية ، كما كانت هناك محاكم تطبق قوانينه فى أقاليم الدولة الرومانية وقد بقيت هذه المحاكم وتلك المدارس بعد الفتح الإسلامى ؛ مما أدى إلى وقوف الفقهاء المسلمين على أحكام هذه المحاكم وتعرفهم على آراء فقهاء تلك المدارس فنقلوا هذه الآراء والأحكام إلى أحكام الفقه الإسلامى وزعموا أن أكثر الفقهاء المسلمين تأثراً بما ذكر هو الأوزاعى والإمام الشافعى(١).

٦٣- **ويرد** على هذا الدليل الثانى بأنه دليل هزيل لا أساس له من الصحة ووقائع التاريخ تدحضه . فمن الثابت تاريخيًا أن الإمبراطور الرومانى جستنيان قرر بموجب دستور أصدره فى ١٦ ديسمبر سنة ٥٣٣ إلغاء جميع مدارس القانون الرومانى فى الإمبراطورية الرومانية عدا مدرسة روما والقسطنطينية وبيروت . ولم يكن لواحدة من هذه المدارس تأثير فى الفقه الإسلامى ولا فى الفقهاء المسلمين ، فادعاء البعض بتأثر الفقهاء المسلمين بمدرسة الإسكندرية ادعاء باطل قطعًا لغلق هذه المدرسة بموجب دستور جستنيان السالف الذكر قبل فتح المسلمين لها الذى تم فى سنة ٦٤١م. أما مدرسة روما ومدرسة القسطنطينية فلم يكن لهما أيضًا أى تأثير لأن «روما» لم يفتحها المسلمون ، وأما القسطنطينية فإنها لم تفتح إلا فى سنة ١٤٩٣ م وقبل فتحها كانت العلاقات غير ودية بينها وبين الدولة الإسلامية فكيف يحصل الفقهاء على القانون منها وأنى لهم التأثر بما كان فيها من قانون أو فقه ؟! وأما مدرسة بيروت فمن الثابت تاريخيًا أنها اندثرت قبل الفتح الإسلامى بما يزيد على ثلاثة أرباع القرن؛ فلا يتصور تأثير مدرسة مندثرة لا وجود لها فى الفقه الإسلامى ، وعلى أساس هذه الواقعة التاريخية المادية يتبين بطلان ادعائهم بتأثر الفقيه الإسلامى الإمام الأوزاعى والفقيه الإمام الشافعى بمدرسة بيروت وآراء فقهائها ويؤكد ذلك أن الإمام الأوزاعى كما يدل عليه فقهه المنقول عنه فى كتاب الأم للشافعى وغيره؛ يعتبر من فقهاء مدرسة أهل الحديث لا من مدرسة أهل الرأى؛ وفقهاء مدرسة الحديث أبعد الناس تأثرًا بالقانون الرومانى على فرض علمهم به . والإمام الشافعى نشأ فى مكة صغيرًا وشابًا وأخذ العلم عن

(١) الدكتور عبد الكريم زيدان ، والمدخل للشريعة ص ٧٥ .

علمائها ثم ارتحل إلى المدينة حيث أخذ عن الإمام مالك علم مدرسة الحديث . ثم ارتحل إلى اليمن ثـم إلى العراق والتقى بالإمام محمد بن الحسن الشيبانى صاحب الإمام أبى حنيفة وسمع منه وناظره ثم استقر به المقام فى مصر سنة ١٩٩ - ٢٠٤ هـ فكل مراكز الشافعى ورحلاته العلمية كانت بعيدة كل البعد عن مراكز القانون الرومانى فليس من المتصور بعد ذلك تأثر الإمام الشافعى بالقانون الرومانى أو بأنه قد نقل عنه قواعده وآراءه القانونية والفقهية(١) .

٦٤- الدليل الثالث والرد عليه :

واستدل من قال بأن الشريعة الإسلامية تأثرت بالقانون الرومانى وأخذت منه فى تشريعها بأن الفقهاء المسلمين انتشروا فى بلاد الامبراطورية الرومانية بعد فتحها مما مكنهم من مخالطة العارفين بالقانون الرومانى والاطلاع على أحكامه وحيث إن أهل هذه البلاد المفتوحة قد تعودوا على هذا القانون الرومانى وألفوه ورضوا بتطبيق أحكامه عليهم ؛ فإن فقهاء الشريعة احتضنوا هذه القواعد القانونية الرومانية التى لم تعرفها الشريعة الإسلامية وطبقوها على العلاقات القانونية التى كانت سائدة فى تلك البلاد رعاية لما ألفه الناس(٢) .

وهذا الدليل يتضمن شيئين : «الأول» أن فقهاء الشريعة بانتشارهم فى الأقاليم الرومانية المفتوحة تمكنوا من الاطلاع على القانون الرومانى . (والثانى) أنهم طبقوا قواعده التى لم تعرفها الشريعة الإسلامية على العلاقات السائدة آنذاك رعاية لما ألفه أهل تلك البلاد من تطبيق هذا القانون .

٦٥- وهذا الدليل بشقيه ميت لا يقوى على النهوض بإسناد ما زعموه فقد تبين لنا عند مناقشتنا للدليل الثانى عدم تأثر فقهاء الشريعة الإسلامية بمدارس القانون الرومانى المزعومة ، ونضيف إلى ذلك أن انتشارهم فى البلاد الرومانية المفتوحة لم يمكنهم من التعرف على القانون الرومانى ، لأنه من الثابت تاريخيًا أن فقهاء الشريعة لم يطلعوا على هذا القانون ولا على غيره ولو أنهم عرفوا منه شيئاً لأشاروا إليه فى كتبهم الفقهية مؤيدين أو منكرين كما فعلوا فيما أخذوه من

(١) راجع الدكتور صوفى أبو طالب ؛ بين الشرعية والقانون ص ٤٨ وما بعدها والدكتور عبد الكريم زيدان ؛ المدخل لدراسة الشريعة ص ٧٧ وما بعدها .

(٢) المدخل لدراسة الشريعة ، المرجع الأخير ص ٧٥ .

علوم الفلسفة والأدب والطب عن غيرهم من اليونان والفرس[١]. وذلك لأنهم لم يعرفوا لغة القانون الرومانى ولم يترجم ذلك القانون لهم حتى يعرفوه ويأخذوا منه . وحتى لو عرفوه جدلا فإنهم لن يأخذوا منه لأن دينهم وعقيدتهم الإسلامية توجب عليهم ألا يأخذوا إلا من أصول دينهم وطبقًا لقواعده وأحكامه عند الأخذ أو الاستنباط الفقهى أو الحكم أوالإفتاء وذلك لأنهم فى غير حاجة إلى الأخذ من غيره لأن دينهم وشريعتهم كاملة ووافية بكل الأحكام الدينية والدنيوية لأن شريعة الإسلام مأخوذة عن الله سبحانه مصدر التشريع لها والله كامل ولا يصدر عنه إلا الكمال فكيف يتصور إذن من فقهاء الإسلام ومجتهديه الذين يعرفون هذه الحقيقة قبل غيرهم أن يتركوا تشريعًا كاملا ويأخذوا من الناقص الأقل والقاصر عن تحقيق ذلك الكمال ؟

ويؤكد ذلك أنه لم تترجم نصوص القانون الرومانى ولا شروحه إلى اللغة العربية لا من قبل فقهاء الشريعة ولا من غيرهم ، ولو حصل ذلك لعرف عنهم ولحفظ لنا التاريخ كتابًا واحدًا أو رسالة واحدة نقلوها إلى العربية من قانون الرومان كما بقى لنا الكثير مما نقلوه من تراث الفرس الأدبى والعلمى بجانب ما نقلوه من تراث اليونان[٢].

وأما الشق الثانى من هذا الدليل والمتعلق بأن الإسلام طبق قواعد القانون الرومانى التى لم تعرفها الشريعة على العلاقات السائدة آنذاك رعاية لما ألفه الناس من تطبيق هذا القانون عليهم . فهو دليل باطل أيضا وزعم فاسد وذلك لأن الفقهاء المسلمين لم يعرفوا القانون الرومانى كما دللنا عليه منذ قليل ، وحتى لو عرفوه فلن يطبقوه ، لأن الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق فى دار الإسلام بالنسبة لجميع العلاقات القانونية بين جميع المواطنين والمقيمين فى دار الإسلام[٣]. فلا يسع القاضى المسلم أن يحكم بغير الشريعة

---

(١) المرجع السابق ص ٧٨ والموجز فى تاريخ القانون للأستاذ عبد الرحمن البزاز ص ٢٧١ ، وفلسفة التشريع فى الإسلام للدكتور صبحى محمصانى ص ١٩٥ .

(٢) راجع المدخل لدراسة الشريعة للدكتور زيدان ص ٧٩ والفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ص٨٧

(٣) راجع العلاقات العامة والخاصة فى الإسلام ، ومحمد رسول الإسلام والسلام للدكتور نصر فريد واصل، وأحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام للدكتور عبد الكريم زيدان وآثار الحرب فى الإسلام للدكتور وهبه الزحيلى .

الإسلامية ، وكذلك لا يسع الفقيه المسلم أن يفتى بغير أحكام هذه الشريعة ، لأن القرآن مصدر التشريع الإسلامى الأول أوجب على الفقيه ذلك فى كثير من آياته مثل قوله تعالى : **﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقًا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾**(١). وقوله تعالى : **﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾**(٢). وقوله تعالى : **﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾**(٣). وهذه الآيات وغيرها تفيد وجوب الحكم بما أنزل الله أى الشريعة الإسلامية دون غيرها ، وبهذا قال المفسرون ، وعليه إجماع الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية ، فلا يتصور الحكم بالقانون الرومانى فى ديار الإسلام من قبل الفقهاء المسلمين أو قضاتهم. وإذا فرض أن هناك بعض العلاقات القانونية والوقائع الجديدة التى صادفت الفقهاء فى تلك البلاد وليس لها حكم صريح فى نصوص الكتاب والسنة ، فإن الفقهاء المسلمين يتلمسون الأحكام الشرعية لها من مصادر الفقه التى أرشدت إليها الشريعة الإسلامية بنظام معين له قواعده وأصوله التشريعية عند الفقهاء بحيث لا يتعارض ذلك فى النهاية مع المصادر الأصلية وهى الكتاب والسنة وإلا اعتبرت تلك الأدلة وهى ما تعرف بالأدلة التبعية مثل القياس والإجماع والعرف والاستحسان أدلة باطلة لا قيمة لها فى نظر الفقهاء والمجتهدين المسلمين(٤). ومع ظهور بطلان هذا الدليل الثالث بشقيه وبيان فساده فإنه من الممكن القول بأن فقهاء الشريعة الإسلامية وجدوا فى الأقاليم الرومانية المفتوحة عادات وأعرافًا وتقاليد ألفها أهل تلك البلاد ، فعرضها الفقهاء على أصول الشريعة وأحكامها وأقروا منها ما كان صحيحا لا يخالف الشريعة كما فعلوا فى عادات أهل البلاد الأخرى التى لم تكن خاضعة للحكم

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٨ .

(٢) سورة المائدة الآية ٤٩ .

(٣) سورة المائدة الآية ٤٤ .

(٤) راجع تفصيل ذلك فيما سيأتى من مباحث الأدلة الشرعية ، ومصادر الأحكام الشرعية للدكتور زكريا البرى ، والسنة النبوية وأثرها فى التشريع الإسلامى للدكتور محمد محمد عبد اللطيف ، والوجيز فى أصول الفقه لزيدان .

الرومانى كـالعراق وفارس . ورعـاية فقهاء الشـريعة لهذه العـادات والأعراف الصحيحة وإقـرارهم لها لا يرجع سببه إلى أن القانون الرومانى اعـتبرها واعتد بها ورعاهـا فهم يتابعونه فـى هذا المسلك وإنما يرجع السبب إلى أن الـشريعة الإسلاميـة تأمر برعاية العرف الصـحيح والعادة الصحيـحة كما فعلت بـالنسبة لعادات العرب فى الجاهلية حيث أقرت منـها الصالح الذى لا يخالفه أحكامها وأبطلت الفاسد الذى لا يتفق وهذه الأحـكام ، لأن فى حمل الناس على غير ما ألفوه وتعودوا عليه من العادات الحسنة حرجًا شديدًا وعنتا كبيرًا ومن أصول الشريعة الإسلامـية التخفيف والتيسيـر على الناس ورفع الحرج عنهم[١]. قال تعالى : ﴿**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾[٢]. وقال أيضا : ﴿**يريد الله أن يخفف عنكم**﴾[٣]. ﴿**ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج**﴾[٤].

٦٦- الدليل الرابع ونقضه والرد عليه :

ومن المزاعم التى اعتمد عـليها أصحاب القول بأن الشريعة الإسـلامية مأخوذة من القـانون الرومانى أن القـانون الرومانـى أثر على القانـون الجاهلى وكـتاب التلمـود وقد تأثرت الـشريعة الإسـلاميـة بهما لأنـها قد أخـذت بالكثيـر من أحكامهما فى تشريـعاتها المختلفة ، حيث أخذت كثيرًا مـن أحكام اليهود كما أخذت كثيرا من أعراف وتقاليد الجـاهلية وأقرته وأوجبت العمل به وهذا يؤدى فى النهاية إلى أن الشريعة الإسلامـية تأثرت بالقانون الرومانى الذى هو أصل مصدرها التشريعى لأنه مصدر تشريعى أصيل بالنسبة لمن أخذت عنه مباشرة . وكذلك أخذ فقـهاء الشريعة الإسلامية بعض مـا فى التلمود من أحكام مما أدى إلى تسـرب بعض أحكام القانون الـرومانى الموجودة فى الـتلمود إلى الشـريعة الإسلامية[٥].

(١) راجع لنا من هذا المؤلف فيما سيـأتى القواعد الفقهية ، والمضمومات والأعذار الشرعـية للدكتور رمضان على السيد .

(٢) سورة البقرة الآية ١٨٥ .

(٣) سورة النساء الآية ٢٨ .

(٤) سورة المائدة الآية ٦ .

(٥) المدخل لدراسة الشريعة للدكتور زيدان ص ٧٥ .

٦٧- ويرد على المزاعم التى وردت بهذا الدليل بأنها كلها مزاعم واهية لا أصل لها من الصحة ولا دليل عليها كما يقول المستشرق الإيطالى «نالينو» Nallino ، فى محاضرة له بعنوان «فى علاقة الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى» والمنشورة فى مجلة «المسلمون» المجلد الخامس ص ٥٧٤ وما بعدها(١).

والواقع أن العرب فى الجاهلية كانوا على صلة بجيرانهم من سكان الدولة الرومانية إلا أن هذه الصلة كانت ضعيفة جداً ومحدودة ، فقد كانت الحكومة الرومانية تعين للتجار العرب الذين يفدون إلى الشام أسواقًا معينة لا يجوز لهم تجاوزها مثل العقبة ، وغزة ، وبصرى ، ولذلك كان اتصالهم بشعوب الدولة الرومانية ضئيلاً ، فضلا عن تفشى الأمية فى العرب وجهلهم باللغات الأجنبية ولهذا كله لم يظهر لاتصال العرب بشعوب الإمبراطورية الرومانية أى أثر من الناحية القانونية .

وأما التمسك بأن القانون الرومانى قد أثر فى التلمود وبالتالى تأثرت الشريعة الإسلامية به بطريق مباشر وبآخر غير مباشر كما سبق توضيحه فيرد عليه بأن العكس وهو الصحيح كما ذكر «نالينو» المستشرق الإيطالى حيث قد تأثر القانون الرومانى بأحكام التلمود بعد القرن الثالث الميلادى . ويدل على ذلك أن الشراح فى هذا العصر يعددون الأصل اليهودى لبعض النظم القانونية الرومانية ، ومعنى ذلك أن نظم القانون الرومانى لم تنتقل إلى الشريعة الإسلامية عن طريق القانون اليهودى . ولا تعتبر الأحكام الواردة فى الشرائع السماوية السابقة جزءًا من الشريعة الإسلامية على الرأى الراجح عند الفقهاء المسلمين إلا إذا قام الدليل من الشرع الإسلامى على أنها ملزمة وواجبة فى حق المسلمين وفى هذه الحالة يكون المصدر التشريعى هو الوحى وليس الشرائع السابقة(٢). ثم إن هناك أحكامًا كثيرة فى التلمود مخالفة لأحكام التشريع الإسلامى مما ينفى شبهة تأثر الشريعة الإسلامية بشريعة اليهود من هذه الأحكام

---

(١) الدكتور صوفى أبو طالب ، بين الشريعة والقانون ص ٢٥ وما بعدها ، والدكتور عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة ص ٨١ .

(٢) سنفصل ذلك فيما بعد عند الكلام عن أدلة الأحكام الشرعية .

أن الزواج شكلي ومقدس ولا بد من كتابته فى أيام غير أيام الأعياد الدينية والسبوت في التلمود. بخلاف أحكام الشريعة الإسلامية التى تعتبر الزواج عقدًا رضائيا لا شكليا وليس هناك مكان أو زمان محدد أو معين لكتابته . ومنها أن تعدد الزوجات محدود ومقصور فى الشريعة الإسلامية على أربع زوجات فى عصمة واحدة وبشروط معينة لا بد منها بخلاف تعدد الزوجات فى التلمود فإنه بلا حدود . ومنها أيضًا فقدان الأهلية المدنية للزوجة بعد زواجها حيث لا يصح تصرفها إلا بزوجها أو بإذن منه . أما الشريعة الإسلامة فإنها تعتبر حرية المرأة المدنية لا يحدها أى قيد من زوج أو أخ أو أب أو غيره ما دامت بالغة عاقلة فهى مثل الرجل تمامًا فى كل ما تعقده من عقود مدنية حتى عقد الزواج عند بعض الفقهاء كالأحناف الذين يصححونه منه كالرجل تمامًا مادامت المرأة أهلا للعقود فى غير الزواج . ومن هذه الأحكام أيضًا أن الطلاق شكلى فى التلمود كما فى الزواج حيث لابد لوقوعه من أشكال معينة مثل كتابته باللغة العبرية وعدم وقوعه فى أيام السبوت والأعياد بخلاف الشريعة الإسلامية التى تجوز وقوع الطلاق دون اشتراط لشكلية معينة فهو رضائى كالزواج تمامًا . ومن هذه الأحكام أيضًا أن الوصية لأجنبى جائزة فى الشريعة الإسلامية مع وجود الوارث . بينما لا تجوز الوصية فى القانون اليهودى إلا عند عدم وجود ابن ذكر والتركة تنتقل إلى الورثة بما لها وما عليها من حقوق إذا قبل الميراث بينما الحكم فى الشريعة الإسلامية أن التركة تنتقل إلى الوارث غير مثقلة بالديون بمعنى أن الوارث لا يلزم بدفع ديون الميت وإنما توفى من تركته أولا فإن بقى منها شىء استحقه الوارث ، وإن لم تف التركة بسداد الديون فلا يلزم الوارث بشىء وهناك قول مأثور وقد أصبح الآن من القواعد المقررة الثابتة عند الفقهاء فى الفقه الإسلامي وهو : «لا تركة إلا بعد سداد الديون»[1]. ومن الأحكام المختلفة بين شريعة اليهود وشريعة الإسلام أن الرضاع فى الشريعة الإسلامية يعد من موانع الزواج بينما لا يعتبر كذلك فى

(١) راجع «الميراث المقارن» للأستاذ محمد عبد الرحيم الكشكى الطبعة الثانية ص ٧٦ وما بعدها ، ٩٧ وما بعدها ، والدكتور محمد محمد عبد اللطيف ؛ «المواريث والوصية» (مذكرات) لطلبة كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء .

القانون اليهودى وعـقوبات التعزير موجودة فى الفقـه الإسلامى ولا وجود لها فى القانون اليهودى[1].

٦٨- الدليل الخامس ومناقشته والرد عليه ونقضه :

قال أصحـاب الرأى القائل بتأثر الشريعـة الإسلامية بالقانـون الرومانى بأنه من الأدلة الظاهرة على تأثر الشريعة الإسلامـية بالقانون الرومانى ، ما نلاحظه من تشابه فى النظـم القانونية والأحكام والقواعـد الموجودة فى الشريعة الإسـلامية وفى القانون الرومانى وهذا يعنى أن الشريعة اللاحقة[2]. هى التى اقتبست هذه النظم والأحكام من الشريعة السـابقة - أى القانون الرومانى - لأن اللاحق هو الذى يقتبس من السابق وليس العكس[3].

٦٩- ويرد على هذه الشبهة التى وردت بالدليل الخامس وهو تشابه بعض الأحكام التشريعية فى النظامين الرومانى والإسلامى بأدلة كثيرة جدًا وقوية منها :

أولا : أن بعض هذه القـواعد المتشابهـة كقاعدة عبء الإثبـات على المدعى ، والتى جاء مـثلها فى الشـريعة « البـينة على من ادعى واليـمين على من أنكر»[4]. وقاعدة تحريم أخذ مال الـغير بغير حق[5]. تعتبر من القواعد الشائعة فى جـميع الشرائع التى يهتـدى إليها العقل السليـم وتقضى بها العدالة وإغفالها فى أى تشريع يدل على قصوره وعدم عدالته . ومن ثم لا يدل هذا التشابـه فى هذا النطاق على أن الشريعة اللاحـقة أخذت من السابقة ثم إن التـشابه الموجود فى بعض النظم القانونيـة بين شريعتين لا يدل حتـما على أن إحـداهما أخـذت هذه النظم من الأخـرى ، إذ قد

---

(١) الدكتور عبد الكريم زيدان ، والمدخل لدراسة الشريعة ص ٨١ وما بعدها والدكتور صوفى ، بين الشريعة والقانون الرومانى ص ٦٣ .

(٢) أى الشريعة الإسلامية .

(٣) الدكتور عبد الكريم زيدان ، والمدخل لدراسة الشريعة ص ٧٥ وما بعدها ومقدمة ابن خلدون ص ١٤٧ .

(٤) راجع نظرية الدعوى والإثبات فى الفقه الإسلامى للدكتـور نصر فريد واصل الطبعة الأولى «نظام القضاء فى الإسلام» للمؤلف .

(٥) راجع للمؤلف أحكام السرقة فى الفقه الإسلامى .

يكون ناشئا من تشابه الظروف الاجتماعية التى مرت بها كلا الشريعتين . كما أن العقول السليمة تتشابه فى كثير من أنواع التفكير ، وهذا أمر طبيعى فى الأمم جميعًا فلا يصح لمجرد هذا التشابه القول بأن الشريعة الإسلامية أخذت عن الشريعة السابقة وهى الرومانية ولكن طبقا لقاعدة الأخذ والاقتباس وهو أن المغلوب يأخذ عن الغالب والضعيف يقلد القوى ويأخذ عنه فإن الصواب طبقًا لهذا المبدأ الاجتماعى والذى قرره علماء الاجتماع ومنهم العلامة ابن خلدون . فإن الذى تأثر بالشريعة الإسلامية هو القانون الرومانى وليس العكس لأن الشريعة كانت هى المسيطرة والغالبة على كل البلاد التى دخلها الإسلام وكان يحكمها القانون والنظام الرومانى .

ثانيًا : هناك تباين كبير يدل دلالة قاطعة على اختلاف النظامين الرومانى والإسلامى فى أصولهما القانونية كل الاختلاف حيث توجد نظم فى القانون الرومانى لا وجود لها فى الشريعة الإسلامية ومنها :

(أ) وجود نظام السلطة الأبوية المطلقة حتى الممات فى القانون الرومانى وعدم وجوده فى الشريعة الإسلامية . ونظام السلطة الأبوية كما يحدده القانون الرومانى يعنى أن رب الأسرة هو الذى يملك هذه السلطة على أولاده وأولاد أولاده من الذكور ، وعلى الأولاد بالتبنى وعلى الأولاد غير الشرعيين الممنوحين البنوة الشرعية . وهذه السلطة مطلقة تقع على الشخص الخاضع لها وتمتد إلى كل ما يكسبه من مال . وهى دائمة تبقى مادام رب الأسرة حيا متمتعا بالشخصية القانونية ومهما كانت سن الولد. وبالرغم من تهذيب هذه السلطة وتخفيف شدتها ، فقد بقيت لها آثار قاسية منها إبقاء حق رب الأسرة فى بيع أولاده فى حالة الضرورة القصوى ، وبقاء رب الأسرة هو المالك لأموال الأسرة والمتصرف فيها وإن حرم ورثته دون وجه حق[1] .

---

(١) مبادئ القانون الرومانى للدكتور عبد المنعم البدراوى والدكتور محمد عبد المنعم بدر ص ٢١١ وما بعدها والمدخل لدراسة الشريعة لدكتور عبد الكريم زيدان ص ٨٤ .

(ب) نظام الزواج مع السيادة : وهذا النظام يحتم أن يتم الزواج بطرق الزواج الدينى ، أو بطريق الشراء ،أو بطريق معاشرة الزوج لزوجته التى لم يتزوجها بإحدى الطريقتين السابقتين ، مدة سنة تكسبه السيادة عليها.

ومنه آثار هذا الزواج فى ظل القانون الرومانى أن الزوجة تنتقل من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها وتعتبر فى حكم الميتة بالنسبة لعائلتها الأصلية وتسقط جميع الحقوق المترتبة على صلتها بعائلتها من إرث ووصاية وقوامة ، وتصبح فى عائلة زوجها كأنها بنت له وأخت لأولادها منه وترث زوجها بناء على هذا الاعتبار . وتخضع لسيادة زوجها ، وتشبه هذه السيادة السلطة الأبوية فللزوج بيعها ، كما له أن يتملك ويكسب عنها الحقوق ، كما يئول إليه مالها الذى كانت تمتلكه عند الزواج[1].

(د) تحريم الهبات بين الزوجين . حيث حرم القانون الرومانى أن يهب الزوج لزوجته كما لا يصح أن تهب الزوجة لزوجها والسبب فى ذلك أن الزوجة فى نظر القانون الرومانى قاصرة الأهلية المدنية وهى عند إهدائها المال لزوجها كأنها تتصرف فى غير مالها فلا ينفذ تصرفها أوكأنه تحصيل حاصل لأن مالها يئول إلى زوجها دون حاجة إلى رغبتها أو رضائها وعقد الهبة عقد رضائى لأنه ينقل مال أحد الطرفين إلى الآخر بدون مقابل فلا بد من رضاء صاحب المال بنقل هذه الملكية وإلا عد المال مسروقا أو مغصوبا . أما بالنسبة لتحريم هبة الزوج لزوجته لأن الزوجة ليس لها ذمة مالية وذمتها هى ذمة زوجها ولهذا لم تصح هبة الزوج لأن عقده مستحيل لأنه وقع لنفسه ولهذا لم يصح وحرم فى نظر القانون الرومانى[2]. أما الشريعة الإسلامية فقد أباحت لقواعد الهبة أن تشمل الزوجين لما سبق بيانه من كمال وحرية المرأة المدنية فى كل القواعد شأنها شأن الرجل فى كل العقود ومن بينها عقد الهبة .

---

(١) الدكتور زيدان ص ٨٤ وما بعدها ، والدكتور البدراوى ، مبادئ القانون الرومانى ص ٢٣٢ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة .

ثالثًا : توجد فى الشريعة الإسلامية نظم قانونية لا مثيل لها فى القانون الرومانى مثل نظام الوقف الخيرى ، ونظام الشفعة ، واعتبار الرضاع مانعًا من الزواج ، ونظام الحسبة وهى وظيفة اجتماعية تقابل نظام النيابة العمومية، ووظائف البلدية فى الوقت الحاضر ، ونظام التعزير فى العقوبات ، وحوالة الدين حيث إنها كلها جائزة فى القانون الإسلامى وليست بجائزة فى القانون الرومانى .

أما النظم المشتركة بين القانونين : فهى مختلفة القواعد والأصول مما يدل على استقلال كل نظام بمصدره التشريعى عن الآخر كما فى نظام الزواج فهو فردى فى القانون الرومانى ، ومتعدد فى الشريعة الإسلامية إلى حد أربع زوجات . ونظام الطلاق حق للزوج وحده دون الزوجة إلا إذا اشترطته لنفسها فى عقد الزواج ، كما يجوز لها طلب التفريق فى حالات معينة كإضرار الزوج بها . ونظام الميراث فيه اختلافات جوهرية ، فالفروع مقدمون على الأصول فى القانون الرومانى ولا يرثون مع الفروع ، وعند عدم وجود الفرع ينتقل الإرث إلى الأصول ويشاركهم فيه الإخوة الأشقاء ويكون للذكر مثل نصيب الأنثى . أما فى الشريعة الإسلامية فإن الأصل يرث مع الفرع ، ونصيب الذكر مثل حظ الأنثيين كقاعدة عامة وفى انتقال التركة إلى الورثة تنتقل حقوق والتزامات المورث إلى الورثة ويلزمون بدفع ديون مورثهم ، إذا قبلوا التركة ، ولو كان هذا الدفع من أموالهم الخاصة أما فى الشريعة الإسلامية فإن القاعدة هى أنه «لا تركة إلا بعد سداد الديون». أى أن ديون الميت تسدد من تركته أولا وما بقى من التركة يئول إلى الورثة ، وإذا لم تف التركة بسداد ديون الميت فإن الورثة لا يلتزمون بأدائها والمهر من أحكام عقد الزواج ، ولكنه عند الرومان تدفعه الزوجة أو أحد ذويها إلى الزوج بينما فى الشريعة الإسلامية يدفعه الزوج إلى الزوجة[1].

(١) المدخل إلى الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٨٥ وما بعدها .

رابعًا : القانون الروماني في نظمه المختلفة قائم على إجراءات رسمية وأوضاع شكلية ، وبالرغم من تطوره فإنه لم يصل إلى إلغاء هذه الشكليات كمبدأ عام تقوم عليه سائر النظم القانونية فيه ، فالملكية لا تنتقل بين الطرفين بمجرد الاتفاق دون اتباع إجراءات شكلية ، والتزام الطرفين بموجب عقد لا يتم إلا إذا أفرغ في أشكال معينة رسمية . وبقيت هذه القواعد الشكلية إلى عهد جستنيان ، بل ولم يتقرر اعتبار التزام المتعاقدين بمجرد الرضا وانتقال الملكية بمجرد الاتفاق من المبادئ العامة إلا في قانون نابليون الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر .

أما الشريعة الإسلامية فإنها قائمة على البساطة في التعامل ومجردة من الشكليات منذ نشأتها حيث لا يشترط فيها لإتمام العقد صيغة رسمية ولا توجب لانتقال الملكية وصفا خاصا وإنما يتم الالتزام بموجب العقد وتنتقل الملكية بمجرد الاتفاق الخالي من الإجراءات الشكلية[1] .

خامسًا : المبدأ العام السائد في القانون الروماني هو الفصل بين القانون والأخلاق وقد ورد ذلك صراحة في «موسوعة جستنيان» التي تقرر أن إساءة استعمال الحق لا يعتبر فعلا غير مشروع وأن التقادم طريق من طرق كسب الملكية . وهذا بخلاف الشريعة الإسلامية التي لا تقر هذا المبدأ السابق حيث إن قواعد الشريعة الإسلامية تربط ربطًا وثيقًا بين القانون وقواعد الأخلاق وذلك في كل تشريعاتها الدينية والدنيوية لأن الشريعة الإسلامية نفسها إنما تقوم على هذه القواعد الأخلاقية التي تتصل اتصالا وثيقًا بقواعد العقيدة الإسلامية التي تحدد نطاق هذه القواعد الأخلاقية وبيانها بيانا سليما طبقا للمنهج الإلهي والعرف البشري الصحيح الذي يقرره الشارع لا العرف الفاسد القبيح الذي يتعارض مع ما تحدده النصوص الشرعية . ولهذا السبب سمحت الشريعة الإسلامية لقواعد

---

(١) المرجع السابق ص ٨٦ .

الأخلاق أن تتسرب إلى كل مبادئها وتشريعاتها بل حثت على ذلك بكل الوسائل الترغيبية والترهيبية ضمانا لاستقرار هذا المبدأ فى نفوس البشر .
وقد أدى هذا الاختلاف بين النظامين الرومانى والإسلامى إلى اختلاف فى بعض النظم القانونية وإلى وجود نظريات فى الشريعة الإسلامية لا وجود لها فى القانون الرومانى . فالقانون الرومانى كما سبق القول أقر نظام التقادم كطريقة لكسب الملكية بشروط معينة لضعف الصلة بين القانون والأخلاق بينما الشريعة الإسلامية ترفض هذا المبدأ رفضًا تامًا لأن المعانى الأخلاقية السائدة فيها لا تسمح بتحول الغصب إلى حق ، ولا تسمح أن يكون مضى المدة لذاته مكسبًا أو مسقطًا للحقوق ولهذا وجدت فى الشريعة الإسلامية نظريات قانونية أساسها الاعتبارات الأخلاقية ، مثل نظرية «سوء استعمال الحق» ، ونظرية «الضرورة» فاستعمال الحق فى الشريعة الإسلامية مقيد بعدم الإضرار بالغير ، ومن تطبيقات هذه النظرية فى الفقه الإسلامى أن الجار ليس له أن يستعمل حقه فى ملكه استعمالا يلحق ضررًا فاحشًا بجاره ، كحفر بئر فى أرضه يؤدى إلى انهيار بنيان هذا الجار أو سقوط جداره ، وكتعلية البناء الذى يحجب الضوء أو الشمس أو الهواء عن جاره فكل ذلك غير جائز فى الشريعة مادام أنه يؤدى إلى ضرر الغير وإن كان الشخص يستعمل حقه فى ملكه طبقًا لقاعدة الضرر يزال و «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام» وهذه النظرية التى عرفها الإسلام من قديم تعتبر من أحدث النظريات العصرية فى القوانين الوضعية الحديثة .

أما نظرية الضرورة والتى يشبهها إلى حد كبير نظرية «الظروف الطارئة» فى القوانين الوضعية والتى ظهرت مؤخرًا فى القانون الإدارى الفرنسى ، وأخذت تمتد إلى فروع القانون الأخرى ، فمن تطبيقاتها فى الفقه الإسلامى أن الزرع إذا هلك بآفة سماوية فإن «الخراج» (١). يسقط،

(١) والخراج هو ضريبة الأرض الزراعية التى تؤخذ من الذميين الذين يمتلكون هذه الأرض أو يعملون عليها : وهى تقابل تشريعات زكاة الزروع والثمار التى يمتلكها المسلم وانظر للدكتور حامد محمود إسماعيل «تشريعات الزكاة والضرائب فى الإسلام».

ويعلل الفقهاء هذا الحكم بأن صاحب الأرض مـصاب فيستحق المعونة ، ولأنه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض التى يجب عليه فيها الضريبة[1] .

٧٠- **وهكذا** وبناء على مـاسبق نجد الخـلاف جوهرياً بين الشـريعة الإسلامـية والقانون الرومـانى ، لأن الشريعة الإسـلامية تقوم على أسـاس الوحى الإلهى والقانون الرومانى وغيره من القوانين الوضعية إنما تقوم على عمل أو قول البشر وهذا الخلاف الجوهـرى من أبرز ما يميز الشريعـة عن القوانين الوضعـية حيث بدأت الشـريعة كـتابًا مـنزلا من عند الله ونمت وازدهرت عـن طريق القـياس المنطقى والأحكام الموضوعيـة بفضل الفقهاء والمجتهـدين المسلمين الذين امتازوا عن فقهـاء القانون الوضعى فى كل أنحـاء العالم قديمًا وحديثًا بـأنهم أصحاب الفضل فـى استخلاصـهم قواعد استـنباط الأحكام من الأدلة وهى مـا تعرف «بعلم أصول الفقه» ولهذا نجد عالما قانونيا غربيا كبيراً هو الأستاذ الفرنسى زيس Zeys يعترف بهـذه الحقيقة إذ يقول : « إنى أشـعر حينما أقرأ فى كـتب الفقه الإسلامى أنى قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الرومانى . . وأصبحت أعتقد أن الصلة منقـطعة بين الشريعـة الإسلامية وبـين هذا القانون ، فبـينما يعتـمد قانوننا على العقل البشرى تقوم الـشريعة على الوحى الإلهى . . فكيف يتصور التـوفيق بـين نظامين قـانونيين وصـلا إلى هذه الدرجـة من الاختـلاف . . . والشريعـة الإسلامية بعـد هذا وذاك احتوت على نظـم قانونية لم يصل إلـيها القانون الرومانى حتى آخر عصور تطوره ، فمبدأ النيابة فى التصرفات القانونية بمعنى أن الشـخص يصح أن ينيب عنه غـيره فى مبـاشرة التصـرف من المبادئ المعترف بها فى التشريعات الحديثة ولم يسلم به القانون الرومانى حتى فى عهد جستنيان وإن وجد عندهم فى أواخر عصور القانون الرومانى بعض الاستثناءات أجازوا فيها النيابة . ومن أجل هذا ونظرا لواقع الشريعة الإسلامية الذى يميزها عن غيرها ويدل كل مافيـها على أنها قائمة بذاتها غير مسـتمدة من غيرها ولا متأثرة به قال الدكـتور شفيق شحاتة الأستاذ القانـونى المسيحى : «وتلاحظ هنا

(١) انظر أحكام الذميين والمستأمنين للدكتور عبد الكريم زيدان .

فقط فشل المحاولات التى ظهرت قديمًا وحديثًا لإثبات استمداد التشريع الإسلامى من القانون الرومانى ، وقد ذهب بعض الكتاب المحدثين إلى أن القانون الرومانى هو الذى أخذ من الشريعة الإسلامية واستمد كثيراً من الفقه الإسلامى عن طريق ترجمة هذا الفقه فى أسبانيا من اللغة العربية إلى اللغة اللاتينية ، وعن طريق شراح القانون الرومانى فى أيام النهضة العلمية الأوربية الذين تخرجوا في مدرسة بولونيا الإيطالية وغيرها من المدارس الأوربية حيث قد أدخلوا فى شروحهم للقانون الرومانى بعض النظم القانونية فى الفقه الإسلامى التى وصلتهم عن طريق الأندلس وغيرها من البلاد الإسلامية[1].

---

(١) راجع أصول القانون للدكتور السنهورى ص ١٣٢ ، وبين الشريعة والقانون للدكتور صوفى أبو طالب ص ١٩٠ ، والنظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية جـ١ ص٦٧ ، ٩٠ ومبادئ القانون الرومانى للدكتور عبد المنعم البدراوى ص ٥٦٠ وما بعدها ، وفلسفة التشريع فى الإسلام للدكتور صبحى محمصانى ص ١٩٣ وما بعدها ، ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى لنا ، والمدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٨٧ وما بعدها .

الباب الثانى
فقه التشريع الإسلامى والمراحل التى مر بها

٧١- تمهيد :

سبق أن بينا أن هناك فرقا بين الفقه والتشريع ولا خلاف بين العلماء على أن التشريع الإسلامى من الله لأنه هو الحاكم والمشرع كما أنه لا خلاف بينهم على أن عصر الوحى وزمن النبوة فى حياته ﷺ إنما هو زمن تشريع إلا أنهم اختلفوا فى اجتهاده ﷺ هل هو تشريع أم فقه ؟

ومن هنا اتجه الكاتبون فى تاريخ الفقه الإسلامى اتجاهين :

أحدهما : أن مرحلة التشريع تدخل ضمن مراحل الفقه التى مر بها نظرا إلى أن اجتهاده فيما ليس بوحى لا يدخل فى نطاقه إنما هو فقه .

الثانى : إن مرحلة التشريع قائمة بذاتها ولا يدخل فيها أو فى نطاقها العمل الفقهى والفقه لم يبدأ إلا بعد عصر الرسالة وبعد انتهاء الوحى ومن هنا كانت مراحل الفقه إنما تبدأ حيث انتهى العمل التشريعى .

ثم إن العلماء الذين يكتبون عن تاريخ الفقه والتشريع قد اختلفت مناهجهم فى هذا المجال السابق أيضا فمنهم من جعل مراحله أربعًا ومنهم من جعلها خمسًا ومنهم من جعلها ستًا ومنهم من جعلها أكثر .

إلا أننا نلاحظ أن اختلافهم هذا إنما هو ناشئ عن نظرتهم إلى الفقه باعتباره كائنا حيا يبدأ من مرحلة النمو إلى مرحلة الكمال وذلك بالنظر إلى القائمين عليه والمشتغلين به والأحكام التى قامت عليه والعصر الذى وجد فيه .

ونحن نرى أن هذا الفهم لا يؤثر فى الحقيقة التاريخية وجوهر الأمر لأن الخلاف فى التأليف والمنهج منظور فيه إلى نطاق الفهم وهذا اصطلاح متفق عليه ولا مشاحة فى الاصطلاح لأن الفقه بدأ عملاقا من الأصل .

إلا أننا عند التحقيق من وجهة نظرنا نرى أن الفقه من حيث ذاته كفن وكعلم مستقل بنفسه له قواعده وأصوله ومناهجه ومؤلفاته الخاصة إنما هو مرحلة واحدة تبدأ من زمن المذاهب الفقهية أى من بدء التأليف فيه والتصنيف له إلى وقتنا هذا

أما من حيث الفقه كفهم للأحكام الشرعية فى نطاق التطبيق العملي الواقعى فى هذه الحياة فإن ذلك يختلف من عصر إلى عصر ومن زمن إلى زمن تبعًا لاختلاف الناس فى عقولهم ومداركهم والظروف الاجتماعية والسياسية ومدى فهمهم للنصوص التشريعية التى يراد تطبيقها عند الحاجة إليها وهو بهذا من وجهة نظرنا ينقسم إلى قسمين رئيسيين :

أحدهما : زمن الوحى وهو زمن نزول النصوص التشريعية .

الثانى : هو زمن ما بعد عصر الوحى وانتقال الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى .

لأن تطبيق الأحكام فى زمن نزول التشريع إنما كان مرجعه إلى الوحى حتى فيما لم يرد بشأنه نص ويمكن من وجهة نظرنا أن نسميه اجتهادًا من النبى ﷺ أو من غيره لأنه حتى هذه الناحية إنما يكون تشريعًا أى نصًا تشريعيًا يمكن الاعتماد عليه بعد عصر الرسالة فيما إذا عرض أمر من الأمور ولم نجد بشأنه نصًا تشريعيًا صريحًا نحكم به لأن اجتهاد النبى ﷺ لا يخرج عن الوحى أى التشريع للناس لأنه لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى كما أخبر بذلك الله سبحانه وتعالى فى القرآن الكريم وسيأتى بيان ذلك أكثر عند الكلام عن أدلة الأحكام وبذا يكون اجتهاده ﷺ بنفسه أو اجتهاد غيره وإقراره ﷺ لهذا الاجتهاد هو من قبيل الإذن للمسلمين بالاجتهاد عند عدم النص الصريح وهذا فضل من الله ونعمة حتى تتسع الشريعة لكل مشاكل الناس فى أى عصر أو زمان أو مكان .

وعلى هذا الفهم السابق فلسنا بحاجة إلى اعتبار عصر التشريع من عصور الفقه لأنه قائم بذاته وهو أساس الفقه وعليه بنيت أحكامه .

أما العصر الذى يلى انتهاء الوحى فهو الذى يبدأ به تاريخ الفقه وعلى هذا الأساس نتكلم عن تاريخ الفقه فيما سيأتى من مباحث :

المبحث الأولى
الفقه فى عصر الصحابة

يبدأ هذا العصر بوفاة النبى ﷺ فى سنة ١١ هـ وينتهى بتولى معاوية بن أبى سفيان الخلافة فى سنة ٤١ هـ .

وفى هذا العصر عاش كبار صحابة رسول الله ﷺ الذين حملوا لواء الدعوة إلى الإسلام من بعده فكان منهم الحكام والقواد والقضاة والمفتون ، ذلك أنه فى هذه الفترة يكاد يكون النشاط الفقهى مقتصراً على الصحابة وحدهم نظرًا لتوافرهم وكثرة عدد المجتهدين منهم وسيطرتهم التامة على جميع شئون المسلمين فضلا عن مكانتهم العظيمة فى نفوس الناس الأمر الذى منع من تصدى غيرهم من التابعين لهذا الأمر وإن توافرت لهم القدرة على الخوض فيه .

وفى هذه الفترة واجه المسلمون مشاكل وأحداثًا على جانب كبير من الأهمية والخطورة وكثيراً منها لم يكن قد ورد بشأنه نص صريح من كتاب أو سنة وكان الأمر يتطلب درجة عالية من بُعْد النظر ودقّة الفهم وسعة إدراك مراد الشريعة الإسلامية ومقاصدها وأسرار التشريع فى علاج هذه المشاكل ومواجهة تلك الأحداث ، ومن أمثلة المشاكل التى واجهها الصحابة مسألة الخلافة ، فمن يكون الخليفة ؟ وما هى الشروط التى يجب أن تتوافر فيه ؟ وما هى حدود سلطته ؟ وما هى المهام الموكولة إليه ؟ وما هى حدود طاعة الأمة له ؟ إلى غير ذلك ، ومنها كذلك امتناع بعض العرب بعد وفاة النبى ﷺ عن إعطاء الزكاة الأمر الذى استوجب بحث حكم هؤلاء الناس وهل يعتبرون من المرتدين عن الإسلام فيحاربون لأنهم منكرون لركن من أركان الإسلام ولشىء معلوم من الدين بالضرورة أو يعدون من المسلمين يتركون وشأنهم ؟

كما أن حدوث الردة استوجب بحث أحكام المرتد من حيث العقوبة التى يجب إيقاعها عليه وكيفية إيقاعها به ومن حيث زواجه وأمواله ومآلها إلى غير

ذلك من سائر أصـوله ، وكل ما يتعلق به ، ومنـها أيضـًا استيـلاء المسلمين على أقطار بأكملها فى هـذه الفترة وهى العراق ومصر وغيـرها وما آثار ذلك الفتح مما يتعلق بأراضى هذه الأقطار . هل تُعَدُّ غنيمة توزع كما توزع الغنائم أو إنها لا تعد من الغنائم لأنهـا فى يد العاملين بها بـالزراعة ولا شأن لهم بالحروب أوالـتصدى للدعوة الإسلامية مع فرض ضريبة عليها ؟

ومنها كذلك اتساع رقعة الدولة الإسلامـية وشمولها أقطارا عديدة وتعددت مشاكلـها الاجتماعـية والسياسـية والاقتصادية بما يوجب وضع الـنظم التى تكفل سـلامة بنيـان هذه الدولة المـترامـية الأطراف والمحـافظة عـليهـا من التـفكك أو الاضمحلال . والفقه فى عصر الصـحابة وإن كان وليدًا إلا أنه بدأ عملاقا ويرجع ذلك إلى أنه كان عمل هؤلاء النفر ممن صـحبوا الرسول ﷺ وعاينوا نزول الوحى عليه وفهموا معانيه ومراميه وقـد كان من رحمة الله بهذه الأمة ورعايته لها أن هيأ للتصدى لما جد من مشاكل بعد وفاة النبى ﷺ أولئكم الصفوة الممتازة من أصحاب رسول الله ﷺ الذين لازموه وتلقوا عنه ما أوحى إليه ووعوه فى عقولهم وقلوبهم وبذلك يعتبر عـصرهم كأنه استمرار لعصر الرسالة حـتى ساغ لمن أتى بعدهم من التابعين أن يطلقوا على أقوالهم وأفعالهم كلمة سنة .

ففى كـثير مما يرويـه التابعون عن الـصحابة يصـدرونه بقولهم مـضت سنة الخلفاء الراشدين المهديين أو مضت السنة ولعل هـذا كان اتباعا وتطبيقا للأثر الذى روى عن النبى ﷺ فى قوله : «عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى وعضوا عليها بالنواجز» .

٧٣- طريقة الصحابة فى استنباط الأحكام الفقهية :

تتضح طريقة الصحابة رضى الله عنهم فى الوقوف على الأحكام الفقهية مما نقله إلينا الثقات المؤرخين من أن أبابـكر كان إذا سئل عن شىء أو جاءه خصم فى قضية من القـضايا نظر أولاً فى القرآن فإن وجد فيـه الحكم قضى به ، فإن لم يجـد لجأ إلى ما يعـرفه من حديـث رسول الله ﷺ فإن وجـد دليل الحكم

قضى به فإن لم يجد الدليل لا فى الكتاب ولا فى السنة التى وصل إليها بعلمه خرج إلى الناس فسألهم هل علموا أن رسول الله ﷺ قضى فى ذلك بقضاء ؟ فإن وجد عندهم فى ذلك شيئا من قضاء رسول الله قضى به وحمد الله على أن فى الأمة من يحفظ علم رسوله .

وإن أعياه الأمر جمع رؤوس الناس وخيارهم من أهل الرأى والعلم واستشارهم فإن أجمع رأيهم على شيء قضى به وإن لم يجتمع رأيهم بل اختلفوا قضى بما يراه هو باجتهاده . وربما تخير من هذه الآراء أقربها إلى الكتاب والسنة وأكثرها ملاءمة لمصلحة المسلمين .

وكذلك كان يفعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى خلافته من بعد أبى بكر رضى الله عنه إلا أنه كان إذا لم يجد الحكم فى الكتاب ولا فى السنة يتحرى رأى أبى بكر فإن علم له قضاء فى المسألة أخذ به . وإلا لجأ إلى أهل الرأى والعلم من الصحابة فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به وإن اختلفوا لم يبادر إلى الحكم من نفسه أو باجتهاده بل كان يثابر على المناقشة مع من اختلفوا وبالإقناع حتى يصل إلى درء الخلاف والإجماع فى الأمر الذى يراد الحكم فيه.

٧٤- العوامل التى أثرت فى الفقه فى هذا العصر وهو عصر الصحابة :

لقد وجدت فى هذا العصر عدة عوامل كان لها أكبر الأثر على ظهور الفقه الإسلامى ونضوجه وأهم هذه العوامل هو اتساع رقعة الدولة الإسلامية واختلاط العرب المسلمين بغيرهم .

١- اتساع رقعة الدولة الإسلامية : كثرت الفتوحات الإسلامية بعد انتقال الرسول عليه الصلاة والسلام إلى الرفيق الأعلى وامتد بذلك نفوذ المسلمين إلى بلاد فارس والعراق والشام ومصر .

ولقد كان لهذه البلاد عادات وأعراف ونظم ومعاملات - تختلف كثيراً عما ألفه العرب الفاتحون فى الجزيرة العربية ولم يكن أمام فقهاء الصحابة بد من بيان حكم الشرع فى هذه الأعراف والمعاملات لأنهم دعاة الإسلام والإسلام يصلح للتطبيق فى كل زمان ومكان .

٢- اختلاط العرب بغيرهم : نجم عن الفتح السابق اختلاط بين العرب الفاتحين وأهل البلاد التى فتحت ومن هؤلاء من اعتنق الإسلام ومنهم من بقى على

دينه ، وكان لا بد أن تنشأ بينهم علاقات وتقع معاملات لم يكن للمسلمين بها عهد زمن النبوة فكان لزامًا على فقهاء الصحابة أن يبحثوا عن القواعد التى تنظم هذه العلاقات . وأن يبينوا حكم الشرع فى هذه المعاملات . فما لم يوجد حكمه فى الكتاب أو السنة من ذلك نصا لجأ الصحابة إلى بيان حكمه بطريق الاجتهاد .

٧٥- خصائص النشاط الفقهى فى عهد الصحابة :

أولا : تم فى هذه الفترة جمع القرآن الكريم وتوحيد المصحف وقد جنب هذا العمل الجليل المسلمين اختلاف حول المصدر الأول للشريعة الإسلامية وهو القرآن الكريم بعد افتراقهم إلى فرق شتى .

ثانيا : لم تكن السنة تروى فى هذه الفترة إلا عند الحاجة إلى التعرف على حكم واقعة معينة ولم تشع الرواية إلا فى أواخر هذه الفترة عندما تفرق الصحابة فى البلاد المفتوحة ، وعلى كل فإن السنة فى هذه الفترة ظلت نقية لم يدخلها الكذب أو التحريف وذلك لقرب العهد من الرسول ﷺ ، ولأن نقلتها هم صحابته الذين أحبوه أكثر من حبهم لأنفسهم .

ولقد ظلت السنة فى هذه الفترة على حالها لم تدون وإنما كانت تنقل بطريق الرواية .

ثالثا: ظهر الإجماع كمصدر من مصادر الفقه وقد كان الإجماع كثيرا وذلك لقلة الصحابة وإمكان اجتماعهم لما جد من مشاكل ولقرب عهدهم برسول الله ﷺ .

رابعا : ظهور المصلحة أيضا كدليل من أدلة الأحكام الاجتهادية التى تناسب مصالح الناس وقد وصل الأمر فى هذا الصدد إلى حد عدم تطبيق حكم بعض النصوص التشريعية لزوال علة تشريعها كما فى مسألة سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقة ولا يمكن أن يعد ذلك نسخًا لهذه الأحكام لأن النسخ لا يكون إلا بوحى وقد انقطع نزوله بوفاة الرسول عليه الصلاة والسلام ، ولذا فإنه يجب تطبيق هذه الأحكام عند عودة ظهور علة تشريعها لأنها باقية إلى يوم القيامة .

خامسا : كان الفقه فى هذه الفترة واقعيا حسب ما يظهر من وقائع وقضايا ولم يكن افتراضيا بل كان كما كان الحال فى أيام التشريع زمن النبى ﷺ .

سادسًا : لم تـدون أحكام الصحابة وفتـاواهم بل كانت محفـوظة فى الصدور ونقلت إلينا وإلى من بعدهم بطريق الرواية[1].

٧٦- أسباب اختلاف الصحابة :

١- فهم معانى ألفاظ الكتاب والسنة لتفاوتهم في العلم بدقائق اللغة (مثل لفظ قُرْء).

٢- تعارض النصوص ظاهراً مـثل قوله تعالى : **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حـملهن﴾** مع قوله تـعالى: **﴿والذين يتـوفون منكم ويـذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾**.

فابن عباس يرى أن عـدة المتوفى عنها زوجها الحامل بأبـعد الأجلين إعمالا للآيتين معا . وابن مسعود يرى أن الآية الأولى ناسـخة للثانية ويحكم بانقضاء عدة الحامل المتوفى زوجها بوضع الحمل وإن كان قبل مرور أربعة أشهر وعشرة أيام .

وقد أيد رأيه بحكم النبى ﷺ فى قـضية سبيعة الأسلميـة وقد وضعت بعد وفاة زوجـها بأيام بحلهـا للأزواج ، وهذا الحديث لم تثـبت صحتـه عند ابن عباس رضى الله عنه .

٣- تفاوت الصـحابة فى العلم بالـسنة كما فى شـأن المفوضة المتوفـى عنها زوجها حـيث حكم ابن مسعـود له بمهر مثلهـا ويذكر قول معـقل بن سنان أن النبى ﷺ قضى بذلك فى قضية بـروع بنت واشق الأسلمية . ولم يأخذ بذلك الإمام على بن أبى طالب كرم الله وجهـه لعدم ثبوت ذلك عنده وحكم أن لها المتعة لقـوله تعالى : **﴿لا جناح عـليكم إن طلـقتم النـساء مـا لـم تمسـوهن أو**

(١) راجع هذه المرحلة من الفـقه فى تاريخ الفقـه الإسلامى للدكتور مـحمد يوسف موسى الجـزء الأول فقه الصحابة والمدخل لدراسـة الفقه للأستاذ الدكتـور محمد الحسينى ص ٤٨ ، والدكتـور حسين حامد ص ٣٨، ٥٧ والدكتـور زكريا البرى وأحـمد النجدى وأحـمد يوسف الطبعـة الأولى ص ٩١-١١٩ والفكر السامى للحجوى جـ٢ ص ١٠ - ١١ وأعلام المـوقعين جـ١ ص ٥١ - ٧٠ وتذكرة الحفاظ جـ ١ ص ٣ وحجة الله البـالغة الدهلوى جـ١ وتاريخ التشريـع للحضرى ، والأموال لأبى عبـيد ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان - الطبعة الرابعة ص ١١٨ - ١٣١ .

تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره ...﴾ وذلك قياسا للمفوضة المتوفى عنها زوجها على المطلقة قبل الدخول وغير المفروض لها .

٤- تعدد مناهج الصحابة فى الاحتجاج بالسنن من حيث المتواتر والآحاد.

٥- اختلاف الرأى حسب اختلافهم فى فهم النصوص واستنباط الأحكام وذلك كما فعل أبو بكر فى التسوية بين الناس فى العطاء لأن المصلحة عنده فى ذلك وعمر يرى أن المصلحة التفريق بين من أسلم أولا وبين من أسلم متأخرا وحسب الدفاع عن الإسلام ولذلك كان يفرق بينهم فى العطاء .

٧٧- نماذج من الاجتهاد فى عهد الصحابة :

١- أرض سواد العراق والشام «عبد الرحمن بن عوف وعمار بن ياسر » «التوزيع» ، وعمر الوقف .

٢- العطاء أبو بكر رضى الله عنه يرى التسوية فيه بين المهاجرين والأنصار حيث كان يقول : إنما أسلموا لله وأجورهم على الله وإنما الدنيا بلاغ ومعاش فالتسوية فيه خير من الأثرة . وكان عمر يخالفه ويرى التفضيل فى العطاء بحسب الجهاد والسبق إلى الإسلام وكان يقول : «لا نجعل من ترك دياره وأمواله مهاجراً إلى النبى كمن دخل فى الإسلام كرها».

٣- المفوضة المتوفى عنها زوجها ابن مسعود يحكم لها بمهر المثل . وعلى بن أبى طالب يحكم بالمتعة .

٤- ضوال الإبل - منع عمر التقاطها وأباحه عثمان .

٥- المطلقة ثلاثا - أفتى عمر بأن لها النفقة والسكن ، وآخرون لا نفقة ولا سكن لحديث فاطمة بنت قيس . وفريق ثالث السكن دون النفقة ؛ لأن للمطلقات قول الله : **﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾** [(١)] .

---

(١) سورة الطلاق الآية ٦ .

المبحث الثانى
الفقه فى عصر التابعين

٧٨- هذه المرحلة فى الفـقه تنحصر فـيما بين سنة ٤١هـ إلى ١٣٢هـ قـرب نهاية الدولة الأموية وتبـدأ هذه المرحلة باجتمـاع كلمة المسلمين على مـعاوية بن أبى سفيان وتوليه الخلافة سنة ٤١ هــ وذلك بعد الخلاف السياسى الذى نشب بينه وبين على بن أبى طالب كرم الله وجهه والذى انتهى بمقتل الإمام على كرم الله وجهه وتنازل أكبـر أبنائه الحسن بن على حفيد رسـول الله ﷺ عن المطالبة بها بعد أبيه .

وفى أوائل هذه المرحلة كان هناك بقية قليـلة من صغار الصحابة لا يزالون على قيد الحياة وقد اسـتمر وجودهم لفترة ليست بالقصـيرة إلا أن الفتوى والأحكام لم تقتصر عليهم كما كان العصر السابق وذلك لقلتهم من ناحية ولظهور الفرق السيـاسية من ناحيـة ثانية ، ولكثرة التـابعين الذين أخذوا العلم عن الصـحابة أصحاب المرحلة السابقة من ناحية ثالثة .

ومن ناحية رابـعة فإن الناس فى هذا العصر لـم يقفوا عن الانتساب إلى فـقيه معين يلتزمـون آراءه بما يرويه بل كان المستفتى حرًا فى أن يتـوجه إلى المعروفين بالفقـه فى بلد معين بغض النظـر عن كونه صحابيًـا أو تابعيًا فـيذهب إلى من يشاء يسأله عـما نزل به من قضايا فيفـتيه وربما ذهب إلى مفت آخر ليـفتيه فى نفس الحكم أو فى حكم آخر .

أما القضاة فى البـلاد الإسلامية فكانوا يقضون بما يفهـمونه من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وبخاصة من اشتهر بالفقه منهم كشريح ، والشعبى وربما استفتوا أو استشاروا من ببلدهم من الفقهاء المعروفين ، أو أرسلوا إلى الخليفة يسألونه عما أشكل عليـهم كما هو الحال فى عـهد الخليفـة عمر بن عبـد العزيز رضى الله عنه.

وفى بداية هذا العصر لم يزل الحال جاريًا على ما كان عليه أيام الصحابة من عدم وجود فئة من العلماء متخصصة فى دراسة الفقه الإسلامى بل كان العالم المسلم أو المجتهد يعلم الناس القرآن ويفسره لهم ويروى لهم السنة ويفتيهم فيما يعرض لهم وربما تطرق إلى الكلام فى العلوم الكونية عند الطلب وغير ذلك أى أن العالم كان يبحث فى كل شىء وكأنه موسوعة علمية . ولم يظهر تأسيس العلم والمتخصصون فيه إلا بعد ذلك فى عهد عبد الملك بن مروان .

وكان علم المدينة فى هذا الشأن أسبق من غيرهم حتى إنه ليكاد أن يرجع الفضل فى تأسيس علم الفقه إليهم ، وإن لم يدون أو توضع له قواعده الخاصة به .

٧٩- النشاط الفقهى فى عصر التابعين وأسبابه :

أولاً : تفرق العلماء فى الأقطار خلافًا على ما كان عليه الحال فى عهد الصحابة حيث كان عمر يمنع كبار الصحابة وأهل الرأى من مغادرة المدينة إلا للضرورة وكان كل منهم يختلف من حيث الفهم ودرجة حفظ الحديث ودرجة التشدد أو التساهل فى الأخذ بالرأي ، فابن عمر متشدد وابن مسعود وابن عباس يعملون به .

ثانيًا : شيوع رواية الحديث فقد كان مسلك أبى بكر وعمر منع الناس من كثرة الحديث خوفًا من انصراف الناس عن الاشتغال بالقرآن ، ومن وقوع الخطأ والتزييف فى الحديث . ولما استقرت الفتوحات فى عهد عثمان وأذن للصحابة بالانتقال إلى تلك الجهات وأصبحت الحاجة تدعو إلى كثرة الرواية لوجود الصحابة واستقرارهم فى أماكن كثيرة مختلفة .

وقد انتقلت الرواية إلى التابعين وشاعبت بينهم إلى حد الذيوع والانتشار .

فكان فى المدينة من الصحابة : عائشة ، وعروة بن الزبير وابنه هشام وعبد الله ابن عمر ، وابنه سالم ، ومولاه نافع ، وأبو هريرة، ومن التابعين : سعيد بن المسيب ، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار ، وزين العابدين بن

الحسن ، وابن شهاب الزهرى ، وربيعة بن عبد الرحمن شيخ مالك وغيرهم.

وكان فى مكة من الصحابة: عبد الله بن عباس ، ومولاه عكرمة ومن التابعين مجاهد وغيرهم.

وكان بالكوفة : عامر بن شرحبيل الشعبى ، وعلقمة بن قيس النخعى والأسود بن يزيد، وشريح ، وسعيد بن جبير، وغيرهم من التابعين .

وكان بالبصرة من الصحابة: أنس بن مالك ومن التابعين الحسن البصرى ، وابن سيرين وقتادة وغيرهم .

وكان بالشام :عمر بن عبد العزيز ، ومكحول وغيرهم .

وكان بمصر من الصحابة: عمرو بن العاص ومن التابعين يزيد بن حبيب.

وكان باليمن: طاووس بن كيسان ، ويحيى بن أبى كثير .

ثالثًا : بدء اشتغال الموالى بالفقه وغيره من العلوم الأمر الذى أدى إلى ظهور المدارس الفقهية وبدء تكوينها مع كثرة هذه المدارس وتعددها لتعدد الأقاليم الإسلامية واختلاف مناهج المجتهدين فيها من الصحابة والتابعين من بعدهم إلا أن الزعامة والزيادة كانتا معقودتين لمدرستين هما مدرسة المدينة ومدرسة الكوفة.

٨٠- مدرسة المدينة :

وكان على رأسها من الصحابة عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وزيد بن ثابت وعائشة وعبد الله بن عباس الذى انتقل فيما بعد إلى الكوفة في خلافة على وكان أكثر من تأثر به أهل المدينة عائشة ، وعبد الله بن عمر وكانا لا يميلان إلى الرأى وقد أخذ عن الصحابة التابعون .

ومن أشهر التابعين فى هذه المدرسة :

١- سعيد بن المسيب .

٢- عروة بن الزبير .

٣- القاسم بن محمد .

٤- وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث .

٥- عبد الله بن عبد الله بن عقبة بن مسعود .

٦- سليمان بن يسار .

٧- خارجة بن زيد بن ثابت .

وقد اشتهروا «بالفقهاء السبعة» وأشهرهم حقا سعيد بن المسيب لكثرة حفظه عن عمر آراءه وأقضيته ولذا كان يقال له راوية عمر .

وكانت هذه المدرسة هي التي وضعت الأسس العلمية لعلم الفقه على كل حال :

٨١- **وكان الطابع الفقهي لمدرسة الحديث** : التمسك بظواهر النصوص وكثرة الاعتماد على السنة وعدم اللجوء إلى الرأى إلا عند الضرورة القصوى .

وكان من أسباب عدم التوسع فى الرأى عند أصحاب مدرسة المدينة :

١- كثرة الأحاديث التى يمكن الاعتماد عليها فى استنباط الأحكام الفقهية .

٢- حالة البداوة التى كانت فى عصر التابعين فى المدينة .

٣- تأثر التابعين بالمدينة بشيوخهم من الصحابة الذين كانوا لا يميلون إلى الرأى أمثال عائشة وعبد الله بن عمر .

٨٢- **مدرسة الكوفة :**

كانت الكوفة مقرًا للخلافة فى عهد على بن أبى طالب كرم الله وجهه وكان أشهر علماء المدرسة من الصحابة : عمر ، وعبد الله بن مسعود ، وعلى بن أبى طالب رضى الله عنه جميعًا وقد نقل آراء عمر إليها ابن مسعود أما أشهر علمائها من التابعين فهم: علقمة النخعى ، وشريح بن الحارث القاضى ، والحارث الأعور والأسود بن يزيد النخعى ، ومسروق بن الأجدع الهمدانى ، عبيد بن عمرو السلمانى .

وقد عرف هؤلاء بالفقهاء الستة ، وقد تخرج على أيديهم كثير من أبرزهم إبراهيم النخعى الذى يعتبر حامل لواء أهل الرأى والذى أخذ على يد حماد بن سليمان شيخ أبى حنيفة صاحب المذهب الحنفى المشهور .

والطابع الفقهى لهذه المدرسة : كان هو العناية بالبحث عن علل الأحكام والتشدد فى قبول أخبار الآحاد والعمل بالأحكام الافتراضية .

خصائص الفقه فى عصر التابعين

هناك خصائص ميزت الفقه فى هذا العصر عن غيره من العصور وأهم هذه الخصائص ما يأتى :

٨٣- **أولا** : ظهور الاتجاهات الفقهية المختلفة والتعصب لها تبعًا للخلافات السياسية والتى كان من نتيجتها حدوث انشقاق بين المسلمين وانقسامهم إلى فرق ثلاث وهى :

١- الخوارج

٢- الشيعة .

٣- أهل السنة .

وعلى الرغم من أن النزاع بين هذه الطوائف الثلاث كان نزاعًا سياسيًا فى الأصل إلا أنه أدى فيما بعد إلى تعدد مناهجهم الفقهية .وذلك لاختلافهم فى مصادر الفقه وأيضًا لوجود مسائل فقهية لها ارتباط بالاتجاه السياسى كالخلافة مثلا .

٨٤- **ثانيًا** : إنكار حجية الإجماع من الشيعة والخوارج إذ التسليم بحجيته لا يتأتى إلا بالتسليم بقيمة رأى المجتهدين من مخالفيهم ، فالخوارج لا يعترفون باجتهاد غيرهم مطلقًا لشدة تصرفهم وانعزالهم عن الجماعة ومن أجل ذلك سموا خوارج» .

أما الشيعة فلم يعترفوا إلا بإجماع آل البيت . ومن أجل ذلك فإن الخوارج لا يعترفون برجم الزانى المحصن (المتزوج) مع إجماع علماء المذاهب الأخرى المشهورة بمذاهب أهل السنة والجماعة على رجم الزانى المحصن لثبوت الرجم ووروده فى السنة النبوية الصحيحة .

وذلك لعدم اعترافهم بالإجماع إلا إذا وافق إجماع آل البيت وكذلك لعدم ذكر الرجم صراحة فى القرآن ولعدم اعترافهم بصحة ثبوت السنة التى تدل عليه عندهم لأنها لم ترد عن طريق رواتهم وموافقيهم فى المذهب .

كما أن الشيعة أحلوا زواج المتعة مع إجماع الصحابة على تحريمه لعدم اعترافهم بهذا الإجماع الذى لم يأت عن طريق أهل البيت . ولثبوت حله عندهم من قول ابن عباس رضى الله عنهما بجوازه وهو ابن عم الرسول ﷺ دون أن يثبت عندهم رجوع ابن عباس عن هذا الرأى وقد ثبت عند العلماء جميعًا ماعدا الشيعة «بالتحقيق» رجوع ابن عباس عن فتواه بحل المتعة لحديث ورد من غيره عن النبى بالنهى عنه .

٨٥- **ثالثًا** : إنكار حجية القياس من جهة أهل الشيعة لاحتماله الخطأ وهم في غنى عنه لقولهم بعصمة أئمة آل البيت وإن أخذ الشيعة فى التطبيق العملى بالقياس الذى أنكروه بطريق غير مباشر كقولهم فى الميراث إن ابن العم الشقيق مقدم على العم لأب مع اعترافهم بالقاعدة العامة للميراث عند جمهور الفقهاء وهو أن الأقرب يحجب الأبعد عند وجوده لأن هذا الاستثناء يخدم الغرض السياسى عندهم أى الخلافة فى الحكم حيث قالوا بأن الخلافة لعلى بن أبى طالب كرم الله وجهه ونسله فقط لأن الخلافة تورث عن النبى ﷺ ، ولما كان النبى قد ترك عمه العباس حيا بعد مماته ﷺ فقد قالوا بهذا الاستثناء الذى يخدم غرضهم حتى لا تكون الخلافة للعباس ولمن بعده من العباسيين .

٨٦- **رابعًا** : تأسيس علم الفقه كفن يبحث عن الأحكام الشرعية له رجاله الذين قاموا عليه في اشتغالهم بعلوم الشريعة الإسلامية وأصبح علما قائما بذاته بعد أن كان يبحث ضمن غيره من العلوم الأخرى فقد تخصص أناس فى هذه

المرحلة فى علوم الشريعة بعد اعتزالهم السياسة وتفرغهم للعلوم الشرعية فى التفسير والحديث والفقه وكان أسبق العلماء فى الاشتغال بالفقه هم علماء المدينة حيث كان لهم الفضل الكبير فى وضع الأساس السليم للمنهج العلمى بالنسبة للفقه وإن لم تدون قواعده وأصوله ولكنه على كل حال كان تمهيدا لهؤلاء الرجال الذين أتوا بعدهم ودونوا مذاهبهم الفقهية وقد لحق بعلماء المدينة فى هذا المضمار علماء الكوفة وإن اتجهوا إلى الرأى الأمر الذى جعل شهرتهم أقل بالنسبة لعلماء المدينة الذين كانوا يعتمدون على الأحاديث فذاعت شهرتهم فى كل مكان وأمهم الناس لأخذ الفقه وعلم رسول الله ﷺ فى جميع المجالات .

٨٧- خامسًا : ازدياد النشاط الفقهى بالنسبة للمرحلة السابقة نظرًا للخلافات السياسية والمذهبية التى نشأت بسبب الخلافة كما سبق القول ولكثرة العلماء الذين اتجهوا إلى هذا الاتجاه وهو العمل الفقهى وخصصوا أنفسهم له وكونوا بذلك نواة المدارس الفقهية للمذاهب المختلفة وقد كان للموالى أى غير العرب الذين دخلوا الإسلام دور كبير فى هذا المجال ، وكان من أبرز هذه المدارس مدرسة المدينة ومدرسة الكوفة كما سبق القول .

* * *

المبحث الثالث
الفقه فى عصر المذاهب الجماعية

يبدأ هذا العصر بنهاية الدولة الأموية وبداية الدولة العباسية أى فى حوالى سنة ١٣٢ هـ يمكن أن تعتبر بدايته بداية القرن الثانى الهجرى ونهايته فى منتصف القرن الرابع الهجرى أى بعد وفاة ابن جرير الطبرى آخر المجتهدين اجتهاداً مطلقا فى سنة ٣١٠ هـ بقليل .

وقد اشتهر من بين مذاهب أهل السنة فى ذلك العصر المذاهب التى كان أئمتها من المجتهدين والذين دونت مذاهبهم وقلدت آراؤهم وأقر لهم جمهور المسلمين فى ذلك الوقت بالإمامة والزعامة الفقهية وهى مذهب سفيان بن عيينه فى مكة ومذهب أنس بن مالك فى المدينة ومذهب الحسن البصرى بالبصرة ومذهب أبى حنيفة ، وسفيان الثورى وأحمد بن حنبل ، وداود الظاهرى ، وابن جرير الطبرى، وأبى ثور ببغداد ومذهب الأوزاعى بالشام ومذهبا : الليث بن سعد والشافعى بمصر . وقد وجد إلى جانب هؤلاء الأئمة كثير من الأئمة الآخرين ومنهم من أسعده الحظ بانتشار مذهبه كالإمام زيد بن على زين العابدين بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنه الذى ينتسب إليه المذهب الزيدى الذى يتلاقى كثيراً مع مذاهب أهل السنة والجماعة والإمام جعفر الصادق صاحب المذهب الإمامى الجعفرى ومنها مالم يسعده الحظ بالانتشار بل اندثرت لاندثار أتباعها والقائمين على نشرها بين الناس .

على أن معظم هذه المذاهب لم يعمر طويلا حيث أصابها الاضمحلال ولم يزل أتباعها يتناقصون إلى أن انتهى العمل بها نهائيا . فقد بطل العمل بمذهب الأوزاعى المتوفى سنة ١٥٧ هـ الذى كان منتشراً بالشام والأندلس بعد القرن الثانى بعد ظهور المذهب المالكى وتغلبه عليه . وانتهى العمل بمذهب أبى ثور المتوفى سنة ٢٤٠ هـ بعد القرن الثالث الهجرى . كما انتهى العمل بمذهب ابن جرير الطبرى المتوفى سنة ٢١٠ هـ فى منتصف القرن الخامس الهجرى .

أما مذهب داود الظاهرى المتوفى سنة ٢٧٠ هـ فقد ظل العمل به حتى نهاية القرن الثامن الهجرى .

ولقد كان أوفر المذاهب حظا ،وأكثرها اتباعا وأوسعها نشرا أو تأليفا المذاهب الأربعة ، وبعض مذاهب الشيعة والمذهب الظاهرى .

٨٩-أهم خصائص الفقه الإسلامى فى هذه المرحلة :

١- الإحاطة والشمول لكل مظاهر الحياة الاجتماعية . فما من شأن من شئون الدولة أو شئون الأفرد إلا وتعرض فقهاء هذا العصر لبيان حكمه والنص التشريعى الذى حكم به .

٢- تدوينه تدوينا كاملا فى مختلف المذاهب الإسلامية وقد قام بعض أئمة المذاهب بتدوين مذاهبهم بأنفسهم كما فعل الإمام مالك بالنسبة لكتابه الموطأ والإمام الشافعى بالنسبة لكتابه الحجة الذى أملاه على تلاميذه العراقيين وضمنه مذهبه القديم وكتابه الرسالة ، فى أصول الفقه .

٣- ظهور الأحكام الافتراضية أى الحكم على مشاكل اجتماعية أو أمور لم تحدث بالفعل وإنما يجوز العقل حدوثها باعتبارها تتعلق بفعل البشر سواء وقعت بالفعل فى المستقبل أم لم تقع .

٤- وضع وتدوين القواعد الخاصة بعلم الفقه والتى تساعد على استنباط الأحكام الشرعية استنباطا صحيحا وتساعد على سرعة الفتوى والحكم بين الناس فيما يظهر لهم من مشاكل اجتماعية أو فردية أو شخصية أو لها صلة بالعبادات وكان من أول من قام بذلك العمل الجليل الإمام الشافعى في كتابه الرسالة وهى تتعلق بالقواعد الأصولية الفقهية .

٥-ظهور المذاهب الفقهية المختلفة كمدارس حقيقية لها رجالها وقواعدها وأصولها المدونة التى قامت عليها وهى :

١- الحنفى ٢- المالكى

٣- الشافعى ٤- الحنبلى

٥- الزيدى ٦- الإمامى

٧-الظاهرى .

وكان من أهم أسباب نهضة الفقه الإسلامى فى هذه المرحلة العوامل الآتية:

٩٠- أولا - قيام الخلافة على أساس دينى :

استغل بنو العباس انحراف الأمويين فى الحكم والسياسة وعصبيتهم القبلية كما كان الحال فى الجاهلية وتفضيل العرب على الموالى فى مناصب الدولة وشئون الحياة ونفور الناس منهم بسبب ذلك وأسسوا دعوتهم السرية على أن آل بيت رسول الله ﷺ هم أولى الناس بالخلافة لأنهم الأعلم بشئون الدين وأشد الناس حماسا لتطبيق أحكامه وبعد أن آلت إليهم الخلافة طبقوا ذلك عمليا حيث كانت عنايتهم بالسنة وحث العلماء على جمعها وتدوينها بل إن معظم ما دون فى السنة مما وصل إلينا إنما دون فى هذا العصر ابتداء من موطأ الإمام مالك .

كما تم تكريم الفقهاء وتشجيعهم على البحث والإنتاج العلمى ومشاركتهم فى هذا النشاط بأنفسهم فمن حيث التشجيع على الإنتاج العلمى نجد الخليفة أبا جعفر المنصور يشير على الإمام مالك بتأليف الموطأ بل ويدله على خطة البحث حيث يقول لمالك «ضع للناس كتابًا ، فى السنة والفقه ، تجنب فيه رخص ابن عباس وتشديدات ابن عمر وشواذ ابن مسعود ووطئه توطيئًا ، قال مالك ، فعلمنى كيفية التأليف ».

ومن حيث التكريم نجد الرشيد أشد العباسيين هيمنة على ملكه مع بأسه وهيبته يزور مالكًا فى بيته ، كما اختص بصحبة أبى يوسف فى الحل والترحال وتوليه منصب قاضى القضاة وكان من قبل من اختصاص الخليفة نفسه .

كما عنى الخلفاء بتربية أبنائهم تربية دينية وفقهية ، ومن الأمثلة على ذلك - أن المهدى الخليفة من بعد أبى جعفر دفع بولديه « الهادى والرشيد» إلى معلم

ليعلمهما القرآن والأثر والسنن والحكمة ، كما بعث الرشيد ولديه «الأمين والمأمون» إلى الإمام مالك لتعلم العلم ولسماع الحديث بالمدينة فى مسجد الرسول ﷺ .

٩١- ثانياً - شيوع الجدل العلمى والمناظرات بين الفقهاء :

وكان ذلك الجدل يتميز عما سبق بأن كان يدور حول الأدلة نفسها ومدى ما يمكن الأخذ منها . وكان من نتيجة ذلك ظهور علم أصول الفقه وكان ذلك فى أعقاب مناظرة الإمام الشافعى مع محمد بن الحسن فى بغداد ، ويظهر ذلك فى كتابى الشافعى الحجة والأم .

٩٢- ثالثا - انتشار حركة الترجمة والتدوين وتأثر العقول بثقافات الأمم المختلفة :

فقد انتشرت حركة ترجمة العلوم الإغريقية والفارسية إلى العربية وكان لذلك تأثير فى الفقه من حيث الاستدلال والبحث عن علل الأحكام وحكمة التشريع حيث كان للفلسفة أثر فى جعل القياس الفقهى على نمط منطق أرسطو بعد تعريبه وقد انتشر التدوين فى كافة المعارف ومنها اللغة والتفسير والحديث وأصول الفقه وكان لذلك أثره فى تيسير مهمة الفقيه ، ولقد ظهر ذلك التأثير فى الثقافات الأخرى بوضوح في عصر المأمون عندما اشتغل بالفلسفة وشجع العلماء في كل الاتجاهات وعن طريق الالتقاء بالثقافات الأخرى وجد كثيراً من الأنظمة القانونية القديمة والمعاملات التى صيغت بالصيغة الإسلامية الملائمة بعد إخضاعها لأحكام الشريعة وقد تعددت مصادر الأحكام فى ذلك العصر فشملت القرآن ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة وسد الذرائع وقول الصحابى ، وشرع من قبلنا والاستصحاب[(١)] .

---

(١) راجع تفصيل ذلك فى مصادر الأحكام من هذا المؤلف .

المبحث الرابع
أهم المذاهب الفقهية
المقصد الأول

٩٣- المذهب الحنفى :

المذهب الحنفى ينسب إلى صاحبه ومؤلفه وهو الإمام - أبو حنيفة النعمان بن ثابت رضى الله عنه وهو فارسى الأصل . وقد ولد أبو حنيفة سنة ٨٠ هـ وتوفى عام ١٥٠ هـ وأبو حنيفة اسمه الأصلى النعمان بن ثابت وقد أسلم جده بعد أن وقع فى يد المسلمين مأسوراً حينما فتح المسلمون بلاد الفرس والعراق وقد كان من نبلاء قومه وأثريائهم وأشرافهم ، وبعد إسلامه هاجر من بلده الأصلى كابل فى فارس إلى الكوفة بالعراق أقرب الحواضر الإسلامية إليه وكانت له صلة قوية بالإمام على بن أبى طالب كرم الله وجهه . وقد ولد لجده هذا ولده ثابت الذى كبر ووطد صلته بالإمام على كأبيه من قبله . وتقول الروايات التاريخية أن عليا رضى الله عنه دعا لثابت بأن يبارك الله له فى ذريته وقد حقق الله دعاءه فبارك فى ابنه النعمان[١] . الذى أطلق عليه أبو حنيفة حيث صار علمًا من أعلام الإسلام خلد ذكره واسمه وعلمه حتى يرث الله الأرض ومن عليها . وقد كنى بأبى حنيفة نسبة إلى الحنيفية السمحاء وهى الشريعة الإسلامية التى كرس كل حياته وماله وجهده فى سبيل خدمتها وكان فى ذلك رائد الفقهاء والعلماء لمن بعده ومن هنا أطلق عليه الإمام الشافعى (أبو الفقهاء) حيث قال :(الناس فى الفقه عيال على أبى حنيفة).

وقد حفظ القرآن فى صغره ثم اتجه إلى التجارة والعمل فيها وقد هداه الله بعد ذلك الاتجاه إلى العلم على يد حماد بن سليمان والشعبى أحد فقهاء التابعين ومن أعلام حلقات العلم فى العراق حيث لمح فيه قوة الذكاء وشدة البديهة فبورك وكان منه ذلك العلم العظيم فى الإسلام .

---

(١) تاريخ المذاهب الفقهية للشيخ أبى زهرة ص ١٤٣ .

٩٤- مكانته الفقهية :

عاصر الإمام أبو حنيفة فى الكوفة عدداً من فقهاء التابعين المشهود لهم بالفضل والعلم كالشعبي والأعمش وقد أخذ أبو حنيفة الفقه عنهم ومع ذلك فاقهم فى هذا المجال وأقبل عليه الناس من كل مكان وأخذوا العلم على يديه حتى إن بعض شيوخه فى العلم كعمرو بن دينار بدأ يتلقى العلم عنه .

وهكذا اشتهر أمر أبى حنيفة فانصرف الناس إليه من حلقات الدارسين فى عصره وكان منهم وجهاء الناس ولذا كرمه الخلفاء والأمراء والحكام وأشراف الدولة ومازال شأنه فى ارتفاع حتى استحكم له الأمر وقد بلغ من شهرة الإمام أبي حنيفة والتفاف الناس حوله أن خشى الحكام من ميله إلى خصومهم فحاولوا اختبار ولائه لهم بعرض ولاية القضاء عليه فلما أبى أن يتولاها لانشغاله بالعلم والفقه ولوجود من هو أهل لها غيره ضربوه وحبسوه وكان ذلك فى أواخر عهد بنى أمية من قبل واليهم على العراق ابن هبيرة ثم حدوثه فى أيام بنى العباس على يد الخليفة أبى جعفر المنصور الذى أودعه الحبس حتى مات وهو فى السجن وهكذا كانت شهرته العلمية سببا فى بلائه رحمه الله .

٩٥- أصول المذهب الحنفى :

١- القرآن الكريم .

٢- السنة - إذا ثبت صحتها عن النبى ﷺ .

٣- الإجماع سواء كان صريحًا وهو ما أبدى فيه كل المجتهدين رأيهم صراحة فى هذه المسألة وهو حجة قطعية أو إجماعًا سكوتيًا وهو ما أبدى فيه البعض رأيًا ولم يعارضه بقية المجتهدين .

٤- قول الصحابى فيما ليس للرأى فيه مجال كالعبادات والحدود لأنه فى منزلة السنة ولهذا أخذ بقول عائشة فى مدة الحمل (لا يمكث الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل) أما ما كان للرأى فيه مجال فيتخير من أقوال الصحابة ما يوافق اجتهاده بشرط ألا يتعارض مع القياس . ولم يأخذ أبو حنيفة بأقوال وآراء التابعين حيث قال : «هم رجال ونحن رجال» .

٥- القياس وهو أهم الأصول التشريعية التى اعتمد عليها بعد الكتاب لتشدده في الأخذ بالسنة خوفًا من عدم صحتها .

٦- الاستحسان وهو العدول عن تطبيق القاعدة المقررة بمقتضى الأدلة الشرعية لظهور دليل آخر خاص ، كالبيع بشرط الضمان لمدة معينة مثل الثلاجات حيث جرى العرف بذلك والعرف دليل من الأدلة الشرعية .

٧- العرف الصحيح الذى لا يتعارض مع أصل من أصول الدين وكان يقدم العمل به على القواعد العامة ويسمى ذلك استحسانًا وأكثر ما كان العمل بالعرف عنده فى الأيمان و ألفاظ الطلاق والعقود والشروط .

٩٦- أصحاب الإمام أبى حنيفة وأتباعه في نشر المذهب :

أهم هؤلاء الأصحاب أربعة هم :

١- أبو يوسف - يعقوب بن إبراهيم الأنصارى المولود بالكوفة سنة ١١٣ هـ والمتوفى سنة ١٨٢ هـ ولاه الرشيد منصب قاضى القضاة حتى توفى .

٢- محمد بن الحسن الشيبانى المولود سنة ١٣٢ هـ المتوفى سنة ١٨٩ هـ ولم يأخذ عن أبى حنيفة طويلا لموت الإمام وهو صغير فأكمل دراسته على يد أبى يوسف وأخذ عن مالك ودرس عليه ثلاث سنوات وروى عنه الموطأ . وقد آثر العلماء مجلس محمد على مجلس أبى يوسف لما اشتهر به من بسط المذهب والأمانة فى نقل الآراء وهو أكثر الأصحاب تأليفًا وتدوينًا للمذهب الحنفى وتعتبر مؤلفاته المرجع الأصلى فى المذهب ويعتبر كتاب المبسوط للسرخسى هو الجامع لهذه المؤلفات وهو فى ثلاثين مجلدًا .

٣- زفر الهذيل بن قيس المولود بالبصرة عام ١١٠ هـ والمتوفى عام ١٧٥ هـ وهو أكبر الأصحاب سنًا وهو من أكثر الأصحاب أخذًا بالقياس ولذا لم يأخذ الأحناف برأيه إلا فى مسائل قليلة ومحصورة .

٤- الحسن بن زياد اللؤلؤى المتوفى فى سنة ٢٠٤ هـ وقد أخذ عن أبى حنيفة

العلم ثم من بعده عن أبى يوسف ومحمد وكان هو حافظ الروايات عن أبى حنيفة وله كتب كثيرة فى المذهب الحنفى .

ويلاحظ أنه عند تعدد الروايات عن أبى حنيفة فإن الأحناف يقدمون رواية الحسن على غيره .

وهؤلاء الأربعة السابقون هم الذين يطلق عليهم المجتهدون فى المذهب الحنفى وهم يكونون الطبقة الأولى في المذهب الحنفى .

أما الطبقة الثانية - فهى طبقة المجتهدين فى المسائل التى لم يرد فيها قول للإمام أو لأحد أفراد الطبقة الأولى ومن هذه الطبقة محمد بن سماعة المتوفى سنة ٢٢٣ هـ وأحمد بن عمر الشهير بالخصاف المتوفى سنة ٢٦١ هـ وأبو جعفر الطحاوى المتوفى سنة ٣٢١ هـ وأبو الحسن الكرخى المتوفى سنة ٣٢٠ هـ . وأبو بكر الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ وشمس الأئمة السرخسى صاحب كتاب المبسوط المتوفى سنة ٥٠٠ هـ والبزدوى المتوفى سنة ٥٥٧ هـ ، وقاضيخان المتوفى سنة ٥٩٢ هـ .

وعلى يد هذه الطبقة ظهر تخريج المسائل وتعليل الأحكام وتدوين أصول الفقه .

- والطبقة الثالثة هى : طبقة أهل الترجيح بين الآراء المختلفة فى المذهب ومن هؤلاء : أبو الحسن القدورى المتوفى سنة ٤٢٨ هـ والمرغينانى صاحب كتاب الهداية المتوفى سنة ٥٩٣ هـ والزيلعى «التبيين» المتوفى سنة ٧٤٣ هـ والكمال الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ وهو صاحب كتاب شرح فتح القدير وهو من المراجع المهمة فى المذهب الحنفى .

الطبقة الرابعة - طبقة المقلدين فى المذهب القادرين على التمييز بين الأقوى والقوى وظاهر الرواية والرواية النادرة . ومن هذه الطبقة أصحاب المتون الأربعة وهم :

١- الموصلى صاحب الدر المختار المتوفى سنة ٦٨٣ هـ .

٢- ابن الساعاتى صاحب مجمع البحرين المتوفي سنة ٦١٤ هـ .

٣- النسفى صاحب كتاب الكنز المتوفى سنة ٧١٠ هـ .

المقصد الثانى

المذهب المالكى

٩٧- **إمام المذهب** : وإمام المذهب مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصبحى نسبة إلى قبيلة أصبح التى كانت تقطن اليمن وقد نزح أحد أجداده إلى المدينة المنورة واستقر بها . وقد ولد الإمام مالك بها سنة ٩٣ هـ وتوفي بها أيضًا سنة ١٧٩ هـ وقد أخذ العلم عن علماء المدينة وروى الحديث عن نافع مولى ابن عمر وأخذ الفقه عن ربيعة بن عبد الرحمن المشهور بربيعة الرأى وقد جلس مالك للفتوى والدرس وسنه سبع عشرة سنة بعد أن شهد له بالإجازة ستون شيخًا من أهل العلم أنه أهل لذلك . وقد أقبل عليه الناس والعلماء من أرجاء العالم للأخذ منه والتعليم على يده بشكل منقطع النظير وخاصة بعد أن ألف كتابه الموطأ الذى ذاع واشتهر لدرجة أن أبا جعفر المنصور أثناء خلافته أراد أن يلزم الناس جميعا بالعمل بمسائله وأحكامه فرفض مالك وعارض بشدة وقال له: لا تفعل فإن الصحابة تفرقوا فى الأماكن ورووا أحاديث غير أحاديث أهل الحجاز التى اعتمد عليها وأخذ الناس بذلك فاتركهم على ما هم عليه فقال له الخليفة المنصور : جزاك الله خيراً .

٩٨- **أصول المذهب المالكى** :

١- الكتاب .

٢- السنة بجميع أنواعها المتواترة والمشهورة وأخبار الآحاد .

٣- الإجماع .

٤- القياس .

٥- عمل أهل المدينة حيث إن مالكا يرى أن عملهم ولا بد وأن يكون مستنداً إلى حديث النبى ﷺ وكان يقدم عمل أهل المدينة على خبر الآحاد وكان يعلل ذلك بقوله :(ألف عن ألف خير من واحد عن واحد) .

٦- فتـوى الصحـابى حيث إنه كـان يعتـبر ذلك حديـثًا يجب العـمل به لأن الصحابى لا يعمل ولا يفتى فى نظر مالك إلا بما يقره النبى ﷺ .

٧- المصالح المرسلة وقد اشتهر مالك بها . والمصالح المرسلة هى التى لم يشهد لها من الشرع نص بالبطلان ولا بالاعتبار كـجمع القرآن وقتل الجماعة بالواحد وتضمين الصناع . فهذه أحكام لم يرد عن الشرع نص يعتبرها ولا نص يلغيها ولكنه فى الحكم بما ذكر مصلحة معتبرة فى التشريع الإسلامى .

٨- الاستـحسان : وهو أعم من المصـالح المرسلة ويسمـيه بالاستصـحاب لأن المراد بالاستـحسان هنـا هو العمل بالمصلحـة حيث لا نص فى الموضـوع سواء وجد قياس أم لم يوجد فهو يغلب المصـلحة على القياس ولم يتوسع مالك فى الاستحسان توسع الحنفية فيه .

٩- الذرائع ومعناها أن ما يؤدى إلى الحرام يـكون حرامًا وما يؤدى إلى الحلال يكون حلالاً أى ما يؤدى إلى مصلحة يكون مطلوبًا وما يؤدى إلى مفسدة يكون حرامًا .

٩٩- تلاميذ الإمام مالك :

وأشهر تلاميذه عبد الله بن وهب المتوفى سنة ١٩٧ هـ مصرى ، وعبد الرحمن ابن القاسم صاحب المدونة المتوفى سنة ١٩١ هـ مصرى ، وأسد بن الفرات من تونس تـوفى سنة ٢١٣ هـ ، وسـحنون بن عـبد الـسلام سـورى الأصل من حمص توفى سنة ٢١٠ هـ .

١٠٠- أتباع المذهب :

ينتشر العـمل بمذهب الإمام مالك رضى الله عنه حاليا فـى بلاد المغرب العربى وفى شمال إفريقية وغربها ووسطها(١) .

---

(١) المرجع السابق ١٥٧-١٦٤ ، ١٩٢ - ٢٤٢ وحسين حامد ٩٦-١٠٢ والبرى ١٤٩-١٥٣ .

المقصد الثالث

المذهب الشافعى

١٠١ – **ولد الشافعى** إمـام المذهب سنة ١٥٠ هـ باتفاق فى السنة التى توفـى فيها الإمام أبـو حنيفـة بغزة وبـعض الروايات تقـول إنه ولد باليـمن على مـا ذكر البغدادى فـى تاريخ بغداد . والمتفق عليـه أن أباه ينتهى نسبـه إلى بنى المطلب أخو هاشم جد النبى ﷺ .

والشافعى محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد ابن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عـبد مناف . (وكان أسمر اللون) أقرب إلى الطول والمطلب هذا أحد أولاد أربعة لعبد مناف هم :

عبد مناف

المطلب — هاشم — عبد شمس — نوفل

جد الشافعى — جد النبى ﷺ — جد الأمويين — جد جبير بن مطعم

والمطلب هو الذى ربى عـبد المطلب جد النبى ﷺ . وكان بـنو المطلب نصراء بنى هاشم فى الجاهلية والإسلام حتى عندما قاطعت قريش بنى هاشم لتمسكها بنصرة النبى ﷺ كان بنى المطلب مع الهاشميين وعاشوا فى الشعب معا .

ومن أجل هذا كان النبى ﷺ يجعل لبنى المطلب حقوقا في الغنائم كحقوق بنى هاشم على السواء .

وأم الشافعى يمنية من قبيلة الأزد وكان لها الفضل فى تكوينه ونشأته وكان يتيما فقيراً ، يقول البغدادى بسند متصل بالشافعى أنه قال : ولدت باليمن فخافت أمى على الضيعة وقالت : الحق بأهلك فتكون مثلهم فإنى أخاف أن تغلب علىّ على فى نسبك اذهب إلى مكة فقدمتها وأنا معها ابن سنتين أو شبيه بذلك فصرت إلى النسيب لى وجعلت آطلب العلم(١) .

قال الإمام أحمد الذى قدم إلى مكة فى العشر الأخيرة من القرن الثانى بعد ١٩٠ هـ وكان مع صاحب له هو محمد بن راهويه قال لصاحبه هذا لقد سمعت رجلا ما رأيت أحسن من عقله فأخذه معه فقال له أنترك حديث ابن عيينة وأمثاله لنستمع إلى ذلك الشاب ؟ فقال لمحمد : إن فاتك عقل هذا الفتى لا تجد بديلا له .

وحفظ الشافعى القرآن وهو لم يتجاوز السابعة من عمره بعد .

ولما ذهب إلى مكة تلقى العلم عن شيوخها ولزم هذيلا ليتعلم العربية وفصاحة اللسان حيث كانت الأعاجم قد اختلطت بالعرب فاختلط اللسان كما تعلم فى البادية الشعر وفن الحرب .

١٠٢- رحلته إلى مالك بالمدينة :

ولما بلغ الشافعى العشرين رحل إلى مالك وأخذ عنه الحديث بعد أن حفظ كتابه الموطأ قبل أن يرحل إليه وقد استعاره من رجل بمكة . وصاحب مالك سبع سنين ثم عاد إلى مكة بعد وفاة شيخه الإمام مالك سنة ١٧٩ هـ .

١٠٣ - الشافعى يعمل باليمن :

وكان الشافعى يعمل بنجران باليمن بعد موت مالك يقول الشافعى : ولم يكن عند أمى ما تعطينى ما أتحمل به فرهنت داراً فتحملت منه فلما قدمنا عملت له على عمل .

---

(١) انظر : الإمام الشافعى ناصر السنة وواضع الأصول للأستاذ عبد الحليم الجندى طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر سنة١٣٨٩ - ١٩٦٩ م ص ٧٨ وما بعدها .

يقصد والى اليمن الذى أتى الحجاز وكلم الناس فى أمر الشافعى ليعمل معه باليمن .

يقول الشافعى : وليت بنجران وبها الحارث بن عبد المدان وموالى ثقيف وكان الوالى إذا أتاهم صانعوه فأرادونى على نحو ذلك فلم يجدوا عندى .

١٠٤- محنته :

بسبب عدل الشافعى وعدم خضوعه لتزلف الناس له كما كانوا يفعلون مع الولاة وعدم تزلفه هو إلى الولاة فقد سئم من ذلك أهل نجران الذين تعودوا على ذلك وقضاء مصالحهم عن هذا الطريق ولو على حقوق الآخرين ولذلك كانت الفرصة للوقيعة بالنسبة للشافعى عندما نزل بنجران وال ظالم وأخذ الشافعى على يديه ومنع ظلمه من أن يصل إلى من هم تحت إدارته فأوقع هذا بينه وبين العباسيين ، وكان الرشيد هو الخليفة فى ذلك الوقت فاتهمه بالتشيع للعلويين والدعوة لهم ضد ملك العباسيين وكانت المحنة التى نجاه الله منها على يد محمد بن الحسن ، وقد سيق إلى بغداد مكبلا بالحديد سنة ١٨٤ هـ وسنه آنذاك ٣٤ سنة .

وبعد المحنة ونجاته منها مكث يناظر العراقيين طوال سنتين كما يقول المؤرخون ولم تحدد المدة بالضبط وهى تقريبًا من سنة ١٨٤ - ١٨٦ هـ .

وعاد إلى مكة بعد سنتين فى العراق ثم عاد إلى العراق مرة ثانية سنة ١٩٥ هـ ومكث فى بغداد وكان سنه آنذاك ٤٥ سنة ومكث سنتين ثم عاد إلى مكة مرة أخرى ثم عاد إلى بغداد مرة ثالثة فى سنة ١٩٨هـ وقد كان ذلك فى الأشهر الأخيرة من السنة حيث قضى بها بضعة أشهر ثم فى أوائل سنة ١٩٩ هـ شد الرحيل إلى مصر حيث كون مذهبه الجديد المشهور وبقى فيها بقية حياته ، ودفن فيها حيث مات سنة ٢٠٤ هـ .

١٠٥-وأدلة الشافعى فى الفقه هى :

١- الكتاب .

٢- السنة بما فيها خبر الآحاد .

٣- الإجماع الصريح دون السكوتى .

٤- القياس إذا كانت علته منضبطة لو لم يكن نص ولو خبر آحاد . وكان لا يعمل بالاستحسان ويبطله ويقول من استحسن فقد شرع .

١٠٦ - أهم آثار الإمام الشافعي :

لقد ترك الإمام الشافعي ثروة فقهية جليلة أملاها على تلاميذه أهمها الرسالة والأم ، أما الرسالة فإنها خاصة بأصول الفقه والتي رواها عنه تلميذه المصرى «الربيع بن سليمان المرادى» وقد تضمنت هذه الرسالة ما يحتاج إليه المجتهد فى مجال التشريع الإسلامى . وأما الأم فهو الكتاب الفقهى الذى رواه عنه أيضًا الربيع بن سليمان المرادى وهو المتداول الآن بين الناس وله رواية أخرى رواها البويطى تلميذ الشافعى ولكنها غير متداولة .

١٠٧ - تلاميذ الإمام الشافعي :

كان للشافعى أصحاب كثيرون بالعراق منهم الإمام أحمد بن حنبل وأبو ثور: إبراهيم بن خالد اليمانى المتوفى سنة ٢٤٠ هـ والزعفرانى الحسن بن محمد المتوفى سنة ٢٦٠ هـ وهؤلاء هم الذين رووا عن الشافعى مذهبه القديم الذى كان بالعراق وهو مدون فى كتاب الحجة للكرابيسى ولا يزال مخطوطا لم يطبع إلى الآن .

أما أصحاب الشافعى بمصر فهم كثيرون أيضًا منهم :

١- البويطى :

ويدعى أبو يعقوب البويطى نسبة إلى قرية بمصر اسمها بُوَيْط وقد ألف كتابه المختصر أى من كلام الشافعى توفى سنة ٢٢١ هـ أثناء سجنه ببغداد بسبب امتناعه عن القول بخلق القرآن .

٢- المزنى :

وهو أبو إسماعيل بن يحيى المزنى المصرى المولود سنة ١٧٥ هـ ألف كتاب المختصر المطبوع على هامش كتاب الأم وتوفى سنة ٢٦٥ هـ .

٣- الربيع بن سليمان المرادى :

المولود سنة ١٧٤ هـ والمتوفى سنة ٢٧٠ هـ وهو الذى روى عن الشافعى كتاب الأم . وقد كان مؤذنًا بجامع عمرو بن العاص بمصر(١) .

٤- يونس بن عبد الأعلى :

المتوفى سنة ٢٦٤ هـ

٥- عبد الرحمن بن عبد الحكم:

أقدم مؤرخى مصر الإسلامية توفى سنة ٢٥٧ هـ وقد قبر الشافعى فى منزله وهو مدفون الآن بجوار الشافعى .

٦- محمد بن عبد الله بن عبد الحكم :

شقيق عبد الرحمن السابق توفى سنة ٢٦٨ .

٧- حرملة بن يحيى :

المتوفى سنة ٢٤٣ هـ وقد كون لنفسه مذهبًا مستقلاً عن مذهب إمامه الشافعى(٢) . ولكنه لم ينتشر حيث اندثر مع بقية المذاهب التى لم يكتب لها الخلود .

---

(١) راجع أبو زهرة ٢٤٥ ، ٢٥٦ .

(٢) الإمام الشافعى للأستاذ عبد الحليم الجندى طبعة المجلس الأعلى ض ٢٥٤ وما بعدها .

المقصد الرابع

المذهب الحنبلى

١٠٨ - صاحب المذهب :

هو الإمام أبو عبد الله - أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيبانى المروزى ثم البغدادى . فقد خرجت به أمه حاملاً به من مرو ثم ولدته ببغداد سنة ١٦٤ هـ وقد توفى والده وتركه طفلا صغيراً فى رعاية أمه التى أحسنت رعايته وكانت السبب فى بلوغه هذه المكانة العظيمة وقد توفى ابن حنبل رحمه الله سنة ٢١٤ هـ .

ولقد اتجه أحمد نحو الفقهاء الذين جمعوا بين الرأى والحديث فقد أخذ العلم على يد أبى يوسف صاحب أبى حنيفة وأخذ الحديث من الحافظ ابن كثير كما أخذ من الإمام الشافعى رضى الله عنه .

١٠٩- وأصول المذهب الحنبلى وهى :

١- الكتاب .

٢- الحديث بجميع درجاته بما فى ذلك المرسل والضعيف .

٣- فتاوى الصحابة .

٤- القياس .

٥- سد الذرائع[١].

١١٠ - آثار الإمام أحمد بن حنبل :

لم يؤثر عن الإمام أحمد رضى الله عنه أنه ألف فى الفقه وله كتاب المسند فى الحديث رواية ابنه على وقد رويت عنه أحكام فقهية دونها عنه تلاميذه ضمن

(١) تاريخ المذهب لأبى زهرة ص ٤٦٤ .

مؤلفات لهم على مذهب ابن حنبل ومن هؤلاء :

١- أبو بكر الأثرم الخراسانى البغدادى المتوفى سنة ٢٧٣ هـ وقد ألف كتاب السنن فى الفقه .

٢- أحمد بن محمد الحجاج المروزى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ وله كتاب السنن بشواهد الحديث .

٣- أبو بكر - أحمد بن محمد الخلال المتوفى سنة ٣١١ هـ وهو الذى قام بتدوين فتاوى إمامه أحمد وتدوين المذهب الحنبلى فى كتابه المسمى (الجامع الكبير) الذى حوى عشرين جزءاً . وهناك مصنفات أخرى كثيرة فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تفوق الحصر .

هذا ومذهب الإمام أحمد هو المذهب الرسمى للمملكة العربية السعودية وهو المنتشر ببلاد نجد بصفة خاصة حتى لا يكاد يعرف غيره فيها [1] .

---

(١) المدخل لمحمد الحسينى ص ١٧٤

المقصد الخامس

المذهب الزيدى

١١١- صاحب المذهب :

هو الإمام الجليل زيد بن على زين العابدين بن الحسين بن على بن أبى طالب ابن عم النبى ﷺ .

ولم يعرف ميلاد زيد على وجه اليقين ولكن يظهر أنه ولد فى حدود عام ٨٠ للهجرة النبوية الشريفة حيث إن كل الروايات التاريخية تذكر أن الإمام زيد قتل شهيداً عام ١٢٢ هـ وأجمعت الروايات على أنه كان يوم مقتله لا يتجاوز الثانية والأربعين من عمره .

١١٢ - فقه الإمام زيد :

كان الإمام زيد فقيهًا ومحدثا عالمًا بقراءات القرآن وله منزلة بين العلماء والقراء وقد نقل عنه فقهه وحديثه تلاميذه الذين تلقوا عنه العلم فى كل مكان وكانوا من الكثرة بمكان فقد تنقل فى مدن العراق والبصرة ، والكوفة وواسط وكان حيثما حل يذاكر التلاميذ والعلماء والقراء .

١١٣- وأهم ما أثر من كتب علمية عن الإمام زيد رضى الله عنه كتابان وهما :

١- المجموع الكبير فى الحديث

٢- المجموع الكبير فى الفقه .

والذى روى هذين الكتابين عن الإمام زيد هو تلميذه أبو خالد عمرو بن خالد الواسطى الذى كان يلازمه فى كل مكان .

ويلاحظ فى الروايات الثابتة فى كتاب المجموع عن الإمام زيد أنها كلها عن طريق آل البيت فيقول (روى زيد بن على عن أبيه عن جده عن على أن النبى ﷺ قال . .) وليس معنى ذلك أن زيداً لم يأخذ إلا عن آل البيت بل الثابت أنه هو وأبوه من قبله كانا حريصين على أن يأخذا عن التابعين وقد كانا يختلطان بهم يأخذان عنهم ويعطيانهم فهو بلاشك كان على علم بالروايات الأخرى التى رويت عن غير طريق أهل البيت ولعل السبب فى اقتصاره على

الأحاديث والروايات التى وردت من طريق أهل البيت وحده هو العمل على نشرها بين الناس خشية اندثارها وضياعها وجهل الناس بها .

فإنه بالموازنة الدقيقة بين الأحاديث المروية فى المجموع عن طريق الإمام زيد والأحاديث الثابتة فى السنة لا تجد من المجموع شاذاً عن الأحاديث المروية فى كتب أحاديث صحاح السنة . وقد قام بهذه الموازنة صاحب كتاب الروض النضير شارح المجموع .

وإن الزيدية لذلك يصححون ما يصح من كتب السنة ويحتجون بما فيها ويأخذون منها ولم يضعوا حاجزاً بينهم وبين علماء السنة فهم يقبلون روايات المخالفين لهم إذا كانوا عدولا كما يقبلون العدول من الزيديين على حد سواء .

فلم يقيموا عازلاً قويًا بين رواتهم ورواة غيرهم كما فعل الشيعة الإمامية حيث لا يقبلون رواية غيرهم ولو كانوا عدولا ويقبلون رواية موافقيهم فى المذهب والعقيدة ولو كانوا فساقًا . وهذا هو الفرق بين المذهب الزيدى والمذهب الإمامى ، ومن هنا كان المذهب الزيدى هو أقرب مذاهب الشيعة إلى مذاهب السنة والجماعة لا يختلف عنها إلا فى القليل شأنه فى ذلك شأن بقية المذاهب التى اختلفت مع بعضها فى بعض الأحكام تبعًا لاختلافهم فى مصادر الأحكام وفهمها .

والمذهب الزيدى يفتح بابه لطلاب الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية فى الفروع الفقهية لا فى الأصول التى تتعلق بالعقائد والإيمان فالباب عندهم مفتوح للأخذ من السنة كما رواها أئمة آل البيت وكما رواها جماعة أهل السنة ، كما أن الباب عندهم مفتوح للأخذ من المذاهب الأخرى غير الزيدى .

فمذهب الزيديين مذهب جامع وليس بمقصور على اجتهاد الإمام زيد وفقهه

ويلاحظ أن المذهب الزيدى فى المعاملات يتلاقى كثيراً مع المذهب الحنفى والسبب فى ذلك هو أن أبا حنيفة نفسه التقى بالإمام زيد وأخذ عنه وذاكره وأن المذهبين تلاقيا فى بلاد ما وراء النهر فأخذ كل منهما عن الآخر فالفقيه الزيدى كان يأخذ من المذهب الحنفى حيث لا نص فى الزيدى وكان ذلك هو سبب التقارب بينهما [1].

ويتتشر الآن المذهب الزيدى باليمن مع المذهب الشافعى على حد سواء .

---

(١) راجع لأبى زهرة تاريخ المذاهب ص ٤٤٩ - ٥٤١ .

المقصد السادس

مذهب الإمامية الجعفرية(1).

٥١١- صاحب المذهب :

هو الإمام جعفر الصادق بن محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنه وكرم الله وجهه.

فعم جعفر الصادق هو الإمام زيد صاحب المذهب الزيدى وأبوه محمد الباقر الذى بقر العلم فى كل اتجاه وأخلص له فكان بذلك إمام العلماء ومقصدهم وهاديهم ومرشدهم ومن هؤلاء خيرة الفقهاء والمجتهدين فى عصره مثل أبى حنيفة وسفيان الثورى ، وابن عيينة وغيرهم .

وقد نشأ الإمام جعفر الصادق فى هذا الجو العلمى وأخذ عن والده كما أخذ عن غيره العلم والفقه .

وقد كان والده محمد الباقر يجل الصحابة جميعًا ويخص بالفضل أبا بكر وعمر ويقول : (من لم يعرف فضل أبى بكر وعمر فقد جهل السنة) .

---

(١) والإمامة عند الشيعة الإمامية الاثنى عشرية تتسلسل بعد على بن أبى طالب إلى ابنيه الحسن ثم الحسين ثم تنقل إلى زين العابدين ولد الحسين ، ثم ابنه الباقر وبعده جعفر الصادق إلى ولده موسى الكاظم الذى نص على ولده (على الرضا) ثم تسلسلت منه إلى محمد الجواد وبعده ابنه (على الهادى) ثم الحسن العسكرى وختم بابنه (محمد الحجة) المنتظر ؛ وهو ما يطلق عليه عندهم (المهدى المنتظر) وقد استند الشيعة الإمامية فى ذلك التسلسل إلى أحاديث منسوبة إلى النبى ﷺ منها (لا يزال الدين قائما حتى تقوم الساعة ويكون عليهم اثنا عشر خليفة كلهم من قريش) . كما استدلوا بقوله تعالى : ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله﴾ واستدل الشيعة الإمامية على عددهم بقياسهم على عدد النقباء من بنى اسرائيل ، وكذلك حوارى المسيح (وذلك حسب قول الرسول ﷺ عندهم) انهم عدد حوارى عيسى وأسباط موسى ونقباء بنى إسرائيل . وانظر نظرية الإمامة لدى الشيعة الإثنى عشرية للدكتور أحمد محمود صبحى طبعة دار المعارف ص ٣١١ وما بعدها . ونشأة الفكر للدكتور ١٦٢/٢ وتاريخ الخلفاء للسيوطى ص ١٠٣ ، والمنتقى لابن تيمية ص ٥٣١ .

١١٦- نسبه :

والإمام جعفر الصادق ينتسب من جهة والده إلى الإمام على بن أبى طالب كرم الله وجهه ومن جهة أمه إلى أبـى بكر رضى الله عنه حيث إن أمه هى أم فروة بنت القاسم بـن أبى بكر الصديق . فأمـه حفيدة صاحب الـغار مع النبى ﷺ فهو إذاً نسب شريف من الجانبين .

١١٧- مولد الإمام جعفر الصادق :

أرجح الروايات التاريخية على أنه ولد عام ٨٠ هـ فى السنة التى ولد فيها عمه زيد صاحب المذهب الزيدى وتوفى الإمام جعفر فى سنة ١٤٨ هـ .

١١٨ - فقه الإمام جعفر :

لم يخـرج الإمام جـعفـر رضى الله عنه فى فـقهه عـن الكتاب والـسنة ولابما يتعارض مع اجـتهادات الإسلام والمذاهب الأخرى فى الجملـة لأنه نشأ فى جو علمى صـحيح ودرج مـدارج الآباء والأجداد الـذين لم يخـرجوا عن تعـاليم الإسلام فقد نشأ رضى الله عنه بالمدينـة المنورة حيث العلم المدنى وحيث كانت آثار الصحابة رضى الله عنهم قائمة وحيث كـان أكابر التابعين يتحدثون ويغشى مجالسهم ولا يجد غضاضة فى الأخذ منهم علم جده النبى ﷺ لأن علم النبى ﷺ كان شائـعا بين جميع أصـحابه فلم يغب عن ذهنه ذلـك ومن يريد العلم يأخذه من كل مظانه ومن المستحيل أن تأخـذ العزة بالإثم أبناء مدينة العلم فلا يطلبوا العلم من مصادره مهما كان .

وعلى ذلك كان الإمام جـعفر الصادق رضى الله عنه يطلـب الحكم من الكتاب أو السنة فإذا لم يجده بالنـص يأخذ بالاجتهاد تبعًا للمـصلحة أو العقل وليس على طريق منهج القياس الأصولى الذى يأخذ به جمهور الفقهاء .

فقـد أثر عنه أنه كان ينكـر القياس لأن أول من اسـتعمله هو إبـليس على ربه سبحانه وتعالى .

فقد روى عنه فى أول لقاء بينه وبين الإمام أبى حـنيفة رضى الله عنهما أنه قال لأبى حنيفـة: يا نعمان حدثنى أبى عن جـدى أن رسول الله ﷺ قال : (أول

من قاس أمر الدين بربه إبليس حيث قال عندما أمره ربه بالسجود لآدم ﴿أنا خير منه خلقتنى من نار وخلقته من طين﴾[1] . فمن قاس الدين برأيه قرنه الله تعالى يوم القيامة بإبليس لأنه اتبعه فى القياس).

وهناك أمر آخر لتركه العمل بالقياس وهو أنه عاش فى المدينة وكان فقه المدينة عند عدم النص يقوم على المصلحة أو فيما تغلب المصلحة عليه . حتى إن ربيعة الذى اشتهر بالرأي وأطلق عليه لذلك (ربيعة الرأى) لم يكن الرأى عنده إلا المصلحة ولذلك فإن فقه الإمام جعفر كان يقوم على المصلحة فى الجملة حيث لا نص وهذا يتفق مع حكم العقل فحكم العقل يقضى بأخذ كل ما فيه مصلحة وترك كل ما فيه ضرر وكان يأخذ بإجماع العلماء ويستدل به وبناء عليه يكون فقهه فى الجملة لا يخرج عن التشريع الإسلامى ومنهج السنة النبوية الشريفة .

١١٩- وعلى هذا فإن ما لا يتفق مع هذا المنهج فى الجملة فليس من فقه الإمام جعفر ولا من آرائه وهو برىء مما فعله بعض المتعصبين للمذهب وبعض الجهلاء الذين أخذوا الآراء والأقوال المدسوسة على المذهب من أعدائه وأعداء الإسلام لهدمه وتمسكوا بها على أنها منه كعلمه الغيب لأنه لا يعلم الغيب إلا الله .

ومثل ادعاء بعض متشيعيه علم «الجعفر» أى جعفر الصادق بوصية من النبى ﷺ (هذه الوصية التى هى للأوصياء الاثنى عشر على كرم الله وجهه ومن بعده من ذريته) ويدعى غلاة الشيعة الإمامية أن الجعفر كتاب أودعة جعفر الصادق يرجع إليه فيعلم علم الغيب فيما كان وما يكون سواء أكان بالحروف والرموز أم كان بالأخبار ولعله فى زعمهم هو الكتاب أو العلم الذى يعطاه كل إمام من الأئمة الاثنى عشرية ، أعطاه النبى عليّا ثم من جاء بعده .

وهكذا كان يتتابع الكتاب حتى وصل إلى الإمام جعفر الصادق ثم إلى بقية

---

(١) سورة الأعراف الآية (١٢) .

الأئمة من بعده وهذا هراء ما بعده هراء لأن هذا ونسبته إلى الإمام جعفر إنما روى من طريق الكليني صاحب كتاب الكافي ، والكليني هذا هو الذى روى عن الإمام أنه قال إن في القرآن نقصًا .

وقد كذب تلك النسبة كبار أئمة الشيعة الاثنا عشرية منهم الإمام المرتضى وتلميذه الطوسى . ونقلوا عن الإمام جعفر غير هذا وبأن من ينقل الكذب وينسبه إلى ذلك الإمام الذى أثبتنا أنه تربى على هدى النبوة والإسلام الصحيح لا يصح أنه تقبل روايته كلها عن هذا الإمام الجليل جعفر الصادق رضى الله عنه .

بل الواجب والأولى إنما هو رد الأقوال التى جاءت عن طريق الكلينى ولا تتفق مع ما قاله جمهور الفقهاء وماجاء به الإسلام الحنيف »(١).

(١) راجع تاريخ المذاهب الفقهية ص ٥٤٥ - ٥٨٤ ، ونظرية الإمامة ص ٣١١ وما بعدها وص ٤٠٨ وما بعدها .

المقصد السابع

المذهب الظاهرى

١٢٠- التعريف بالمذهب :

المذهب الظاهرى هو المذهب الذى يقرر أن المصدر الوحيد للأحكام الفقهية هو النصوص من قرآن وسنة ، ولا مجال للرأى فى هذا المذهب ولهذا نفى المعتنقون لهذا المذهب الأخذ بالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والذرائع ، لأنهم إذا لم يسعفهم النص من كتاب وسنة فى بناء الحكم أخذوا بحكم الاستصحاب وهو الإباحة الأصلية أخذاً من قوله تعالى : **﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعًا﴾** ولهذا كانت الغالبية العظمى من الفروع الفقهية تختلف كثيراً عما قاله جمهور الفقهاء .

ومثال ذلك الوصية حيث أجازوها فى جميع الأحوال حتى للمريض مرض الموت مخالفين بذلك جمهور الفقهاء الذين لا يجيزونها للمريض مرض الموت خشية التأثير عليه من أحد الورثة بما يترتب عليه المحاباة لبعض الورثة دون البعض الآخر . وذلك لأن دليل الجمهور هو سد الذرائع وهو مبنى على المصلحة التى هى من الرأى والظاهرية لا يعترفون بالرأى كما قلنا .

والظاهرية يحكمون بنجاسة الماء ببول الإنسان ولا يحكمون بنجاسته ببول الخنزير لأن بول الإنسان قد ورد النص بنجاسته ، مع أن الظاهرية يتفقون مع الجمهور بأن لحم الخنزير نجس لأن النص ورد فى اللحم ولم يرد فى البول ولو أنه جزء من الخنزير وذلك لأنه قياس وهم لا يعترفون بالقياس .

١٢١- مؤسسى المذهب الظاهرى :

وهناك عالمان قاما بإنشاء هذا المذهب وبيانه وتوضيحه وهما داود الأصبهانى وابن حزم الأندلسى ولذلك أطلق عليهما ظاهريان لاعتمادهما على ظاهر النص وسنقوم بالترجمة المختصرة لكل منهما فيما يأتى :

- داود الأصبهانى -

١٢٢- هو الإمام - داود بن على الأصبهانى المولود فى أوائل القرن الثالث أى فى حوالى ٢٠٢ هـ ببغداد والمتوفى سنة ٢٧٠ هـ . ولقد تخرج فى الفقه فى أول الأمر على تلاميذ الإمام الشافعى رضى الله عنه والتقى بكثير من أصحابه الذين لازموه .

وقد كان معجبًا أشد الإعجاب بالإمام الشافعى ، إلا أنه استقل فيما بعد بمذهب أسسه بنفسه واجتهاده اعتمادًا على ظاهر النص .

ولعل السبب فى ذلك أن المذهب الشافعى كان يعتمد على النص أو القياس على النص عند عدم النص لأنه أثر عن الشافعى أنه قال : الاجتهاد إما بالاعتماد على نص أو على حمل على عين قائمة - أى نص قائم .

وقد فسر ذلك داود على أنه لا يصح الحكم إلا بنص يؤيده ولذلك ألغى العمل بكل ضروب الرأى .

وهناك سبب آخر وهو طلب داود الحديث وتلقيه إياه على كثير من المحدثين فى عصره حيث روى عنهم وسمع من المقيمين بموطنه بغداد أنذاك كما رحل إلى المدينة وإلى كثير من البلاد ومنها نيسابور وغيرها ودون كل ما رواه أو سمع به فى كتبه . ولهذا كانت كتبه مملوءة بالأحاديث ، ولَعلَّ هذا كان من أهم الأسباب فى اعتماده على النص من كتاب أو سنة فقط . ومن هنا كانت كتبه فى الفروع الفقهية كلها أحاديث وسنن(١) .

ابن حزم

١٢٣- هو الإمام - على بن أحمد بن حزم والمشهور بابن حزم الظاهرى ، فارسى

(١) راجع تاريخ المذاهب الفقهية للشيخ أبى زهرة ص ٣٨٣ وما بعدها .

الأصل لأن جده الأعلى كان فارسيا ومولى ليزيد بن أبى سفيان أخى معاوية ابن أبى سفيان .

١٢٤- مولده ووفاته :

ولد ابن حزم بالأندلس فى رمضان سنة ٣٨٤ هـ فى قرطبة التى كانت فى ذلك الوقت حاضرة العلم فى أوربا بل كانت إحدى المواخر الإسلامية التى تضم فى ثناياها كنوز العلم والمعرفة والعمران والحضارة وتوفى ابن حزم سنة ٤٥٦ هـ .

١٢٥- نشأته :

وقد نشأ ابن حزم فى بيت له سلطان فى الدولة وله ثراء وجاه ، ولذلك كان يعتز بأن طلب العلم لا يبغى به جاها ولا مالا ولكن يبغى المعرفة لذات المعرفة.

١٢٦ - حياته العلمية والفقهية :

وقد اتجه ابن حزم إلى العلم بحفظ القرآن أولا ، ثم برواية الحديث واللغة العربية حتى وصل إلى المرتبة العليا ، ثم اتجه بعد ذلك إلى دراسة الفقه على مذهب الإمام مالك الذى كان يعتبر مذهب أهل الأندلس فى عهده ، ثم انتقل إلى المذهب الشافعى وعكف على دراسته .

ومن خلال دراسته لهذا المذهب عرف مذاهب العراقيين وعلى رأسها مذهب أصحاب الرأى والقياس ، وقد أعجبه من بين هذه المذاهب المذهب الشافعى وذلك لاعتماده على النص وتمسكه به وعدم أخذه بالاستحسان .

ولكنه لم يظل على المذهب الشافعى بل تركه واتجه إلى مذهب داود الظاهرى الذى كان يتمسك بالنص وبظاهره فى كل أمر أو حكم من أحكامه الفقهية .

وقد أعـجبتـه هذه الطريقـة فأخذ بـها وعمل عـلى نشرها وانتـصر للمـذهب الظاهرى بكثـير من الاستدلالات ، إلا أنه مع ذلك لم يـتفق مع داود فى كل شىء بل خالفه فى كـثير من الأمور وإن كان لم يخـرج فى الجملة عن المنهج الذى اتبعه داود ، لأن ابن حزم وجد الكثير من تلاميذ داود الظاهرى بالأندلس تمهد للمذهب الظاهرى وانتشاره .

ومن هؤلاء - مسعود بن سليمان الذى أخذ منه ابن حزم ، وقد رأى ابن حزم فى هذا العالم الزاهد أنه يتـخير من المذاهب جميعًا مـا يتفق مع النصوص من قرآن وسنة ، وأنه كان يجتهد فى استخراج الأحكام من النصوص ،ولا يتعداها إلى غيرها ، فأعجبته هذه الطريقة وسار على منوالها .

ومن هنا كان ابـن حزم الإمام الثانى الـذى عمل على إحيـاء المذهب الظاهرى وانتشاره بعد تجديده حيث كاد هذا المذهب أن يندثر بعد أن ذهبت آثار مؤسس المذهب الأول وهو داود الأصبهانى حيث لم يكـن للمذهب أتباع يعملون على نشره فى كل مكان حتى كان ابن حزم الذى أحياه من جديد .

واستمر هذا المذهب خالدًا بيننا إلى اليوم شـامخا بين المذاهب الفقهية وذلك بما ألفه ابـن حزم عن علوم وفنون فى شـتى المجالات وبخـاصة فى مجال الفقه الإسلامى ، ويعد مؤلفه «المحلى» فى الفـقه من أهم الكتب والمراجع الموسوعية فى الفقه الظاهرى والفقه الإسلامى على السواء[1] .

١٢٧- مصادر الأحكام الفقهية عند ابن حزم :

وكانت مصادر الأحكام عند ابن حزم لا تخرج عن النص وهو يشمل :

١- القرآن الكريم .

٢- السنة إذا لم يوجد نص من القرآن .

٣- الاستصحاب إذا لم يوجد نص صريح من الكتاب أو السنة .

(١) تاريخ المذاهب ص ١٨٣ وما بعدها .

والاستصحاب المراد به الإباحة الأصلية ، وذلك لأن الاستصحاب عند ابن حزم معناه بقاء الحكم المبنى على النص حتى يوجد دليل من نصوص القرآن أو السنة يغيره .

وقد قال ابن حزم فى ذلك - إن الإباحة منصوص عليها فى القرآن الكريم فى قوله تعالى : **﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعًا﴾** .

فالإباحة بهذا النص فى كل أمر لم يأت بشأنه حكم بنص صريح من حل أو حرمه ، وذلك لأن التحريم يحتاج إلى دليل آخر يدل عليه .

أما الحل فهو منصوص عليه فى قوله تعالى : **﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعًا﴾** .

فوجب الوقوف على هذا النص حتى نقف على دليل صريح آخر يخالف الإباحة فى نص الموضوع[1] .

---

(١) راجع تفصيل ذلك فى المرجع السابق ص ٣٨٣ - ٤٣٨ .

المبحث الخامس

أسباب اختلاف الفقهاء

١٢٨أ - يتفق علماء المسلمين جميعًا بمختلف مذاهبهم وفرقهم على أن المشرع الأصلى فى الإسلام هو الله سبحانه وتعالى ، فهو الذى يقرر الأحكام من وجوب وحرمة وندب وكراهة وإباحة ، وله فى كل أمر وكل فعل أو تصرف حكم شرعى ، كما اتفق الصحابة والتابعون ومن بعدهم من الفقهاء والمجتهدين من أهل السنة على أن مصدر الأحكام الشرعية وحيث ثبوت التكليف فيها فى حق الناس هو الوحى الذى تنزل على النبى ﷺ وعلى الأنبياء جميعًا من لدن آدم حتى اختتم به ﷺ جميع التشريعات السماوية ، وأن الشريعة الإسلامية لم تقرر فى حقنا أحكامها إلا بالوحى بنوعيه المتلو المتعبد به وهو القرآن . وغير المتلو وهو السنة بجميع أنواعها وما عدا هذا من المصادر الأخرى بعد ذلك ليست أصولا تثبت بها الأحكام ابتداء بعد أن لم تكن ثابتة وإنما فى رأى من يحتج بها طريق تفسير تكشف عن ثبوت الحكم بالنص الذى تستند إليه ولهذا كان تقريرهم - أن أى دليل لا يرجع فى النهاية إلى الكتاب أو السنة لا يُعد دليلاً صحيحًا ولا تترتب عليه آثار شرعية يمكن الحكم بها .

ومع اتفاقهم على هذا الأصل وهو وحده المصدر والمنشأ فإنهم قد اختلفوا فى كثير من الأحكام الجزئية التفصيلية حتى وصل الأمر إلى أن كان هذا الخلاف سببًا من الأسباب التى أدت إلى ظهور المذاهب الفقهية المختلفة على النحو الذى سبق بيانه عند الكلام على المذاهب الفقهية ومؤسسيها .

ويرجع السبب فى هذا الاختلاف إلى الأسباب الآتية :

١٢٩ - **(أ) الاختلاف فى فهم النصوص التشريعية :**

فى كثير من الأحيان نجد فى النصوص التشريعية كلمات وألفاظًا تحتمل أكثر من معنى عند تفسير المراد منها وقد يكون كل معنى صحيحًا من حيث اللغة التى

نزل بها القرآن الكريم وقد حصل الخلاف حول المراد من الكلمة وتمسك البعض بتفسير والبعض الآخر بالمعنى الثانى لأن لكل فريق ما يؤيده فى الأخذ بالدليل ومثال ذلك ماورد فى القرآن الكريم فى بيان عدة المطلقات ذوات الحيض وهو قول الله سبحانه وتعالى : **﴿والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة قروء﴾** . فلفظ قروء يحتمل الطهر ويحتمل الحيض لأنه فى اللغة يشمل الاثنين معا ولذا اختلف الفقهاء فى عدة المطلقة التى تحيض فقال بعضهم هى ثلاث حيضات وقال آخرون هى ثلاثة أطهار.

ومن ذلك التردد بين حمل اللفظ على الحقيقة أو المجاز عندما يحتمل الاثنين معًا أحدهما من حيث الأصل والثانى بقرينة قوية وذلك كأسلوب النفى الذى لا يمكن حمله على معناه كما فى قوله ﷺ: **«لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»** فإن لفظ «لا النافية ومعنى ذلك نفى الإيمان عن الشخص الذى لا يحب لأخيه مثل نفسه تمامًا ولكن هذا الأصل غير مراد على حقيقته القرينة قوية وهى ورود التشريعات الكثيرة والنصوص التى تؤكد أن الإنسان إذا أتى بأركان الإسلام الأساسية لا ينتفى عنه الإيمان إلا بالرجوع عنها أو إنكارها أو إنكار ما هو معلوم من الدين بالضرورة فإذا لم يفعل ما ينفى عنه هذا الإيمان يظل مؤمنا ولهذا فسر الفقهاء هذا النص بأن المراد من النفى ليس على حقيقته وإنما أريد منه المعنى المجازى وهو نقص الإيمان لا نفيه .

ولهذا السبب اختلف الفقهاء فى تفسير قول النبى ﷺ «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب» .

فذهب الجمهور على حمل المعنى على الحقيقة لأنه أقرب إليها وهو عدم صحة الصلاة عند عدم قراءة الفاتحة لمن يقدر عليها ويكون هذا الحديث مخصصا لقول الله تعالى : **﴿فاقرؤوا ما تيسر منه﴾** أى من القرآن وهو يشمل الصلاة .

أما الأحناف فإنهم قالوا المراد من النفى فى الحديث هو نفى الكمال لا نفى الصحة وحمله على نفى الكمال أولى لأن الآية قوية فى ذلك وأيضا اختلافهم فيما تدل عليه صيغة الأمر المجرد من القرائن .

فالجمهور من الفقهاء حملها على الندب ، والبعض الآخر على الوجوب . ولهذا كان خلافهم حول النصوص الشرعية التى وردت فيها صيغة الأمر نحو ما سبق .

ومثال ذلك اختلافهم حول الإشهاد فى عقود المعاملات المدنية والتجارية كالبيع ، فقد وردت الآية فى شأن المداينة بقول الله تعالى : **﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾**[1] .

فالجمهور حمل الأمر فى كلمة أشهدوا على الندب والإرشاد والظاهرية حملوه على الوجوب بمعنى أن العقد إذا لم يشهد عليه يكون باطلاً .

ومن ذلك أيضًا اختلافهم فى الاستثناء الوارد بعد جمل متعددة تضمنت أحكامًا كثيرة ، كما فى قول الله تعالى : **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾**[2] .

فبعض الفقهاء يرى أن الاستثناء الذى ورد بعد كلمة إلاّ وهو التوبة يعود على الجملة الأخيرة من الآية قبل إلاّ . ورتب على ذلك أن التوبة لا تأثير لها فى رد شهادة من حد فى قذف بعد ظهور توبته .

ويرى البعض الآخر أنه يعود إلى الجمل السابقة كلها قبل الاستثناء لأنها معطوفة بعضها على بعض بالواو والعطف يقتضى المشاركة فى جميع الأحكام فصارت بمثابة الجملة الواحدة ويترتب على ذلك قبول شهادة الفاسق بعد توبته.

ومن ذلك أيضًا تعارض النصوص من حيث الظاهر ونحن نعلم أن النصوص لم تنزل دفعة واحدة بل استمرت طوال سنوات الوحى وطبقًا لحاجة الناس فى الحوادث والعلاقات الاجتماعية ، وقد يكون النص قد نزل وفقًا لظروف معينة أو رعاية لمصلحة مؤقتة ينتهى حكمه بانتهاء وقتها ، وفى نفس الوقت نجد نصًا

---

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) الآيتان (٤ ,٥) من سورة النور .

آخر فى مسألة مشابهة و لكن يعطى حكمًا يغاير الحكم الذى يعطيه النص الأول مع أن التشابه فى القضيتين يعطى حكمًا واحدًا وجوبًا .

ولم يرد ما يدل على أى النصين يجب العمل به وأى النصين يترك حكمه ولذا تعارضت النصوص فاحتاج الأمر إلى الترجيح أو إلى إعمالهما معا عند بعض آخر من الفقهاء إذا أمكن ذلك . ومثال ذلك زواج المحرم بالحج ، ورد نص يحرمه ويبطل عقده ، ونص آخر لا يحرمه ولا يبطل عقده والنصان من السنة.

أحدهما : حديث «المحرم لا ينكح ولا يخطب» ، وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه .

الثاني : حديث ابن عباس بأن النبى ﷺ قد تزوج ميمونة فى أخريات حياته وهو محرم.

وقد روى عن ميمونة أنها قالت تزوجنى النبى وهو حلال أى غيرمحرم بالحج وبنى على وهو حلال . وهو يعارض حديث ابن عباس ويوافق حديث عثمان لذا تعارضت النصوص عند الحكم . ومن أجل ذلك اختلف الفقهاء فأخذ الجمهور بعدم صحة زواج المحرم وعقده بنفسه النكاح لنفسه أو لغيره لحديث عثمان وميمونة وهما صحيحان عندهم .

وأخذ الحنفية بحديث ابن عباس فلم يحرموا نكاح المحرم وقالوا بصحة الحديث عندهم وقوته عن الأحاديث الأخرى من حيث نسبة الثبوت إلى النفى لأن ابن عباس رضى الله عنهما وهو أفقه فى العمل بالأحكام عند تغير النصوص قال بصحة زواج المحرم .

ولكن الجمهور رجحوا حديث ميمونة لأنها صاحبة الحادثة ويقويه حديث أبى رافع وعثمان .

١٣٠ - (ب) بالحديث :

فلم يكن الصحابة رضوان الله عليهم فى مستوى واحد بالعلم بالسنة وعلى حد سواء من جهة الحفظ أو الفهم أو الاطلاع عليها .

فقد كانوا يتفاوتون فى مقدار ما يعلمونه بسبب تفاوتهم فى طول الصحبة وفى كثرة ملازمة النبى ﷺ .

ونحن نعلم مما سبق أن السنة لم تكتب فى عهدهم لنهى النبى ﷺ عن ذلك بحديث « **لا تكتبوا عنى غير القرآن ومن كتب عنى غير القرآن فليمحه وحدثوا عنى ولا حرج**» وذلك خوفًا من اختلاط القرآن بالسنة فبقيت السنة محفوظة فى الصدور ونقلت إلينا عنهم بطريق الرواية وظلت هكذا ولم تدون إلا فى أواخر عهد التابعين ولذا عند تدوينها وجد أن من الأحاديث ما روى بطرق متواترة ومنها ما روى بطرق مشهورة ومنها ما روى من جهة راو واحد فقط .

كما أن هذه الأحاديث منها ما لم يصل إلى علم الفقهاء فلم يحكم بمقتضاه ومنهم من وصل إليه فحكم به فاختلف الحكم فى مسألتين متشابهتين .

ومثال ذلك حديث (**إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا**) أى أن الماء الكثير لا يتنجس بإلقاء النجاسة فيه عند الشافعية لهذا الحديث لعلمهم بهذا الحديث ولثبوت صحته عند الإمام الشافعى ، ولم يأخذ به الحنفية والمالكية لعدم وصوله عندهما ، ولعدم العلم به ولذا كان حكمهم فى تحديد المقدار مختلفًا عن الحكم الذى أخذ به الشافعى استنادًا إلى الحديث .

١٣١ - (جـ) الاختلاف فى الحكم على الحديث بالصحة أو بالضعف :

وذلك من حيث رواية الحديث من جهة السند وذلك للاختلاف فى اتصاله أو انقطاعه أو صحته أو ضعفه تبعًا لثقة الراوى أو عدم الثقة بما يرويه لظهور أمارت أو قرائن تدل على ذلك كالكذب فى أحاديثه العادية مع الناس أو لثبوت فسقه وغير ذلك وكثير من الخلافات الفقهية يرجع إلى هذا السبب .

ومن الأمثلة على ذلك حديث «**ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء**» فالحديث صحيح عند الجمهور . فاشترطوا لصحة عقد الزواج الكفاءة أى كفاءة الزوج للزوجة ، كما أنه لا يصح أن تعقد المرأة العقد بنفسها بل لابد من ولى معها يعقد العقد بعد استئذانها .

والمالكية لم يثبت صحة الحديث عندهم لوجود ضعف فى السند لأن فى سنده مبشر بن عبيد وقد رماه البعض بالكذب فلذا لم يشترطوا الكفاءة . ولأن الآيات من القرآن تعارض الحديث لقوله تعالى : ﴿**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى**﴾. وحديث : «الناس سواسية كأسنان المشط» ، ولكنهم اشترطوا الولى من أدلة أخرى ثبت صحتها كحديث عائشة «**لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل**».

والأحناف وإن وافقوا الجمهور فى اشتراط الكفاءة إلا أنهم خالفوا فى اشتراط الولى كشرط صحة بل جعلوه شرط لزوم أو نفاذ فقط ولذا صح أن يتولى عقد النكاح المرأة بنفسها ويكون العقد صحيحًا ، ولأنه لم يثبت عندهم حديث عائشة باشتراط الولى وذلك لمخالفتها لهذا الحديث حيث قد تولت عقد زواج ابنة أخيها فى غيبته ولو كان الحديث صحيحًا أو لم ينسخ حكمه لم تخالفه ولكنها خالفته فدل ذلك على عدم الاستدلال به ولهذا اشترط الحنفية لصحة الأخذ بالحديث ألاَّ يخالف الراوى بعمله ما يرويه من حديث.

ومن الأمثلة الأخرى أيضًا إثبات الشفعة فى العقار المبيع هل يثبت للشريك فقط أو للشريك والجار على حد سواء وقد ورد فى هذا وذاك أحاديث فأخذ الجمهور بأحاديث الشريك فقط لصحتها وأخذ الأحناف بكلها لصحتها عندهم وأثبتوا الشفعة للجار كما تثبت للشريك .

١٣٢ - (د) تعاض نصوص القرآن مع نصوص السنة من حيث الظاهر :

فقد تكون صحة الحديث مسلما بها من الجميع لكنه يكون معارضًا لنص عام

القرآن أو نص مطلق فعندئذ يختلف الفقهاء فى الأخذ بالحديث أو عدم الأخذ به.

فالجمهور متى صح الحديث عندهم صلح بيانا للقرآن فيخصص عمومه ويقيد مطلقه سواء كان متواترًا أو من أخبار الآحاد . والمتواتر ما يرويه عدد كثير عن النبى ﷺ طبقة بعد طبقة ، وخبر الآحاد ما كان فى أى طبقة من طبقات روايته راو واحد انفرد بروايته .

أما الأحناف فإنهم قالوا لا يخصص القرآن إلا السنة الصحيحة المتواترة أو المشهورة لأنها تفيد اليقين أما أحاديث الآحاد فلا تقوى على تخصيص القرآن أو تقييد مطلقه لأنها تفيد الظن ولا يخصص أو يبين المؤكد بالظن ولهذا فقد ترتب على هذا الخلاف اختلافهم فى كثير من الفروع الفقهية .

١٣٣ - (هـ) الاختلاف فى الأخذ بالقياس وفى مدى العمل به :

فقد اختلف الفقهاء حول القياس والعمل بمقتضاه لحجة أو دليل يعول عليه فى إصدار الأحكام عند عدم وجود دليل آخر من كتاب أو سنة فمنهم من لم يأخذ به على الإطلاق ومنهم من أخذ به وهم الجمهور من الفقهاء ثم إن من أخذ به منهم من توسع فيه كالحنفية ومنهم من اعتدل واشترط له شروطا معينة كالشافعية .

ومنهم من لم يأخذ به إلا عند الضرورة بل قدم عليه عمل الصحابة والحديث الضعيف كالمالكية والحنابلة .

أما من أنكره على الإطلاق فهم الخوارج والشيعة والظاهرية . وقد أدى هذا الاختلاف إلى اختلافهم فى كثير من الفروع الفقهية .

١٣٤ - (و) الاختلاف فى المصادر النظرية الأخرى غير القياسية :

كالإجماع ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، وسد الذرائع وقول الصحابى والاستصحاب ، وشرع من قبلنا .

فهذه المصادر لم تكن حجتها موضع اتفاق فالإجماع حجة عند الجمهور وليس بحجة عند الخوارج والشيعة لأن الخوارج ينكرونه على الإطلاق والشيعة لا يعتبرونه إلا إذا وافق إجماع أئمتهم من أهل البيت ، والاستحسان حجة عند الحنفية دون بقية الفقهاء ، وإن أخذ به المالكية ولكنهم سموه استصلاحا .

أما المصالح المرسلة فلم يأخذ بها إلا المالكية ووافقهم الحنفية واعتبروه استحسانا، وأما سد الذرائع فقد أخذ بها المالكية ووافقهم الجمهور . وقول الصحابى حجة عند الجمهور وليس بحجة عند البعض وعمل أهل المدينة حجة عند المالكية وليس بحجة عند الحنفية وقد أدى ذلك الخلاف فى الأخذ بهذه الأدلة إلى اختلافهم فى الفروع الفقهية المبنية عليها .

١٣٥- (ل) اختلاف الحكم باختلاف الزمان والمكان :

كثيراً ما نرى الفقهاء فى عصر من العصور يقررون أحكامًا لبعض المسائل يخالفون فيها من سبقهم ، بل إننا قد نرى أن الفقهاء فى بلد يقرون حكمًا لمسألة يخالفون فيه فقهاء البلدان الأخرى وذلك فى العصر الواحد وعند التأمل فى هذا الخلاف نرى أنه ليس خلافًا جوهريًا يقوم على أساس الخلاف فى حجية الدليل الذى استند إليه فى الحكم بل نجده يرجع إلى تغير الظروف والملابسات ، طبقا للحاجة والمصلحة والعرف كما عمل الصحابة فى جمع المصحف ، وكما فعل عمر بشأن المؤلفة قلوبهم من الكفار ومنع السهم المقرر لهم والذى ورد بشأنه نص القرآن حيث اعتبر توقف النص فى الحكم به لزوال علته التى نزل بشأنها النص ووافقه الصحابة واعتبر إجماعا . وكما فعل عمر أيضا رضى الله عنه فى وقف الأراضى المفتوحة فى يد أصحابها الأصليين يدفعون عنها ضريبة الخراج وتكون وقفا على جميع المسلمين ومصالحهم بعد تركهم لها وكان العمل قبل ذلك طبقًا للنص التشريعى أن المجاهدين يأخذون سهامهم من الغنائم توزع على الغانمين للرجل سهم وللفارس سهمان سواء كان

ذلك منقولاً أو عقارًا . واستمـر الحال على ذلك من زمن النبى ﷺ حتى زمن عمر الذى أوقف الحكم به لمصلـحة المسلمين جميعا فقدم المصـلحة العامة على المصلحة الخاصة وهى مصلحة الغـانمين . ودليل المصلحة عنده أن علة التشريع الواردة بشأن ذلك قد تغيرت فيتغيـر الحكم تبعًا لذلك . فقد رأى أنه لو استمر العمل على ذلك وهو توزيع جميع الأراضـى المفتوحة على الغانمين لأدى ذلك إلى أن يحتكر فئـة قليلة من الناس جميع الأراضى وهم الغـانمون ويحرم منها الغالبـية العظمى من المسلـمين فى كل مكان وهذا يؤدى إلى الاحتـكار وظهور طبقة الإقطاع التى تتحكم فى أرزاق الناس وحياتهم وذلك ينافى مبادئ الإسلام ومقاصده الأصلية فى جميع تشريعاته وهى مراعاة مصالح جميع الناس فى كل زمان ومكان .

وقد وافق عمر فى رأيه البعض وخالفه البعض من حيث الرأى ولكنهم أجمعوا معه بعد ذلك على صحة حكمه .

ومن ذلك أيضًا فى زمن عثمان رضى الله عنه عـندما جوز التقاط الإبل الضالة وخصص لها مكانًا للـحفظ حتى يظهر أصحابها مع أن الحـديث الصحيح عن النبى ﷺ ينهى عـن ذلك وقد ورد فى ذلك من جهـة المعنى فيمن سـأل النبى ﷺ عن ضالة الإبل قوله **«دعها وشأنها فإن معها طعامها وسقاءها»** ولذا ظل الحال على ذلك فى زمن النبى ﷺ والخليفتين أبو بكر وعمر .

أما عثمان فقد رأى أن الزمن تغير وأن المصلحـة تقضى بالتقاطها للحفظ لظهور ضعف الوازع الدينى فى النفوس عند بعض الناس ، وأن نفوسهم هذه يمكن أن تخول لهم التـقاطها وأخذها لأنفسـهم حتى وإن لم يؤذن لهم بالتـقاطها وبذا تضيع على أصحابها الأصليين ولهذا وجد من المصلحة أن تحفظ للناس أموالهم لا أن نضيعـها عليهم وهذا هو هدف الإسـلام فى تشريعاته فلم يجـد تعارضًا بذلك مع وجود الحديث لأن العصر أو الزمن لا يصلح لتطبيقه لأنه يحتاج إلى

عصـــر فيه أمان وإيمــان كعصر الــنبى ﷺ وعصر الخلــيفتين من بعــده أبى بكر وعمر .

ومن ذلك أيضًــا الحكم بتضمين الــصناع وقد حكم بذلك الإمــام على بن أبى طالب كرم الله وجهه ووافقه المجتــهدون من الصحابة على ذلك مع أن الصانع فى حكم الوكــيل لأنه أخذ السلــعة بإذن صاحــبها ويد الــوكيل أمينة ولــيست ضامنة فلو تلفت السلعة عنده من غير تقصير منه أو ادعى تلفها صدق فى ذلك بيمــينه ولا ضمان عــليه فى هذا التلف وهــذا هو الأصل وقد حكم بغــير هذا الأصل الإمام على كرم الله وجــهه مع سابق الحكم به والعمــل بمقتضى الأصل فى زمن النبى ﷺ والصــحابة من بعده حــتى عصره لأنه وجــد ضعف الوازع الدينى وظهور الــكذب والفتن بما جعل البعض ينكــر أو يدعى التلف ولا غنى للناس على التعامل مع الصناع فى تصنيع حــاجاتهم فلذا وجد سيدنا على كرم الله وجهــه أن يحكم بتــضمين الصنــاع خروجًا عــلى حكم الوكالــة إلى حكم الضمان للمصلحة العامة .

ومن ذلك أيضًا طلاق الثلاث بلفظ واحد فقد كان يقع ثلاثًا فى زمن النبى ﷺ وزمن أبى بكر وسنتين من خــلافة عمر حتى رأى الناس يكثــرون بلفظ الثلاث ويتعجلون به فحكم بجعل الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة وقد روى عنه قوله فى ذلك من طــريق طاووس عن ابن عــباس رضى الله عنهــما «أن النــاس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم» .

ويعبــر الشراح عن مــثل هذه الاختــلافات بأنها اخــتلاف عصــر وأوان وليس اختلاف حجة وبرهان .

١٣٦- (ى) **عدم** وجود الفقهاء المجتهدين فى زمن واحــد ولعدم استمرار اجتماع من وجد منهــم فى الزمن الواحد وذلك لبعــد المسافة ولعدم ظهــور المواصلات السريعة التى تصــل بينهم كما هو الحال الآن وقد يجد أحــدهم دليلا ولا يجده

الآخر فيجيء الحكم مختلفًا حيث يحكم أحدهم بحديث ولا يطلع الثانى عليه فيحكم باجتهاده أو حسب المصلحة .

ولهذا اختلفت بعض الفروع الفقهية على ضوء ما سبق فى عصر المذاهب الفقهية . ثم إن الأدلة لم تكن على درجة واحدة من حيث الصحة عندهم كما سبق بيانه بل ولم تدون السنة وتنقح من حيث بيان الصحيح من الضعيف كما هو الحال الآن فى عصر البعض من الأئمة المجتهدين أصحاب المذاهب ، ولو فرضنا أن أئمة الفقهاء المجتهدين وجدوا فى زمن واحد وتهيأت للجميع جميع الظروف والعوامل من حيث الجو السياسى وحرية البحث العلمى ووجود كل هذه المؤلفات العلمية فى علوم القرآن والسنة لضاقت حدة الخلاف بينهم من حيث فروع الأحكام الفقهية إلى أقل درجة ممكنة عقلاً .

ومع ذلك فقد كان اختلافهم رحمة فى جميع المذاهب متسع بما يوافق العصر ويوافق مصلحة الناس ولا يتعارض مع النصوص التشريعية التى يجب على الناس العمل بها .

المبحث السادس

الفقه فى عصر التقليد

١٣٧- **تبدأ** هذه المرحلة فى منتصف القرن الرابع الهجرى وتستمر حتى بداية القرن الرابع عشر الهجرى .

وهذه المرحلة هى ما يطلق عليها رجال تاريخ الفقه الإسلامى بأنها عصر الجمود الفقهى أو عصـر التقليد المحض وذلك لأن الفقه فى هـذه المرحلة يختلف عن المرحلة السابقة وهى مرحلة عصر المذاهب الفقهية أو الاجتهاد المطلق من حيث أن همة الفقهـاء والعلماء قد فترت عن هذا الاجتهـاد المطلق وعن الاستناد إلى مصادر التشـريع الإسلامية الأصلية فى بناء أحكامهـم على ما يقع تحت أيديهم من قضايا أو أمـور تحتاج إلى فتوى شـرعية ، بل كان كل جهـدهم ونشاطهم ومقصـدهم الأسمى هو اتباعـهم لأئمة المذاهب الفقـهية المشهـورة والتى سبق الكلام عنها ، حيث اتـبع كل فريق من العلماء مذهبا يعـول عليه فى أحكامه الشرعية يسـتمد منه كل ما يريد من فتاوى حـتى وصل الأمر إلى أن كل فريق كان ينتصر للمذهب الذى يتبـعه بكل ما أوتى من زاد علمى حتى وصل الحال فيما بعد إلـى درجة التعصب البغيض الذى أدى فى بعض الأحـيان إلى اقتتال المختلفين فى المذهـب والطعن فى اتباع المذهب المخالف بل وفى المـذهب نفسه فى بعض الأحيان بما لا يرضى عنه الإسلام ، حتى كـان ذلك التفرق سببًا فى تفرق المسلمين إلى دويلات متنافرة بعد أن كـانوا دولة واحدة يرفرف عليها علم واحد فى كـل مكان ويرهبهـا الأعداء مهـما كانت قـوتهم ويعملون لـها ألف حساب وحساب .

١٣٨- **ويرجع** أسباب هذا الجمود الفقهى والتقليد المحض إلى العوامل الآتية :

١- ضعف سلطان المـسلمين وانقسام دولتهم المـوحدة إلى دويلات مما أدى إلى انقسامهم وتفـرقهم ، ولقد تبع هذا التفكك السيـاسى والضعف فى كل مرافق الحياة أن ضـعفت الحركة الـعلمية عمـوما وحركة الاجـتهاد والبحث الفـقهى خصوصًا .

وبهذا فقد العلماء روح الاستقلال العلمى وأصبح غير موجود هناك من يجتهد اجتـهادًا مطلقًا ويطرق بـاب الاجتهاد فى الـبحث والنظر فى كل مـا يجد من مشـاكل اجتمـاعية جديدة تحـتاج إلى حكم شـرعى يتوافق مع روح التـشريع الإسلامى وذلك العصر .

فبعد ابن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠ هـ لم يـقدم لنا التاريخ فقيها بلغ رتبة الاجتهاد المطلق ، بل كان جميع فقهاء هذه المرحلة مقلدين فى الأصول وقواعد الاستنبـاط لمن سبقهم مـن الأئمة المجتهديـن ، وإن خالف بعضهم إمـامه فى بعض الفروع أحيانًا .

٢- قفل باب الاجـتهاد : لما تصدى للاجـتهاد والنظر فى ذلك العـصر وتلك المرحلـة من ليـسوا أهلا لـهذا الاجـتـهاد مما أدى إلـى الحكم حـسب الأهواء والرغبات وبما لا يتفق مع التشريع الإسلامى بل يتفق ومقصد أعداء الإسلام ، ورأى العلمـاء الحريصـون على التـشريع الإسـلامى وفقـهه الحكم بـغلق باب الاجتهاد سدًا للذريعة وأفتوا بجواز إلزام الناس باتباع مذهب معين من مذاهب الأئمة السابقين ، ومن ذلك الحين أصبح الفقهاء أنفسهم يلتزمون بهذه المذاهب كل فريق حسب ما اتـبع وكانوا يحصرون اجتهادهم فى دائـراتها ولا يخرجون عن قواعدها ونصوص أحكامها الفقهية إلا فى القليل النادر .

٣- إعجاب التلاميـذ بآراء إمامهم المجتهد السابق وقصر جـهودهم للدفاع عنها والدعوة لها ونشرها بشتى الطرق وبخاصة التدوين والتدريس وتعصبهم الشديد لهذه الآراء جعلـهم يتوهمون عجزهم عن اسـتنباط مثلها وإن بذلوا فـى سبيله الجهد العلمى الكبير .

٤- انتشار حـركة تذوين فقه الأئمـة أصحاب المذاهب المختلـفة ، لما بلغ من مكانة علمية كبيرة وسمو فقـهى شجع العلماء على اتباع أصحابه وتدوينه فكان الأتباع يجمعـون فقه إمامهم ويدونون ما لـم يكن قد دون فى عـهد إمامهم من فروع فقهية مبنية على أصول المذهب وذلك خشية الضياع .

وقد نتج عن ذلك أن كان كل ما يعرض للناس من أمور وقضايا فى هذا العصر يوجد له حكم شرعى فى فقه هؤلاء الأئمة السابقين إما نصًا أو تخريجًا ، فكان من ذاك أن رأى فقهاء هذا العصر أنهم ليسوا بحاجة إلى اجتهاد جديد فى أمر ما من الأمور التى تستجد للناس وتحتاج إلى حكم شرعى جديد .

٥- ولاية القضاء - فقد كان القضاء يختلف من بلد إلى بلد تبعًا للاختلاف السياسى وكانت كل دولة من دويلات الإسلام تناصر مذهبًا معينًا ، وقد اشترط لتولى منصب القضاء فى هذه الدويلة التى يراد التعيين للقضاء فيها أن يتبع المقلد مذهب هذه الدويلة التى جعل المذهب فيها الإمام من الأئمة المجتهدين أمر واجب الاتباع فى الحكم والقضاء بقوة السلطان الحاكم .

ولما كان منصب القضاء فى ذلك الوقت من المناصب الجليلة المهمة التى لها قداستها ومكانتها بين العامة والخاصة والحكام والمحكومين على السواء فقد تهافت الناس على تولى مناصب القضاء . وترتب على ذلك أن اتجه الناس إلى دراسة المذهب واتباعه والالتزام به ليكون ذلك طريقًا إلى تولى منصب القضاء والحكم بين الناس طبقًا لنصوصه وقواعده وأحكامه .

١٣٩- أهم مميزات المرحلة السابقة :

أولاً - البحث عن الأحكام :

وكان ذلك واضحًا وجليًا عند اتباع المذهب الحنفى لأنهم جعلوا ذلك البحث وسيلة الاستنباط الفقهى فى الأحكام الجديدة التى لم يوجد لإمام المذهب فيها حكم ، ولاستخراج القواعد الأصولية والفقهية التى يبنون عليها أحكامهم بمالا يتعارض مع المذهب المتبع وقواعده ، حيث إن الإمام أبا حنيفة لم يضع هذه القواعد كما فعل الإمام الشافعى رضى الله عنه .

ثانيًا- الترجيح بين الآراء المتعددة فى المذهب الواحد:

فلقد نتج عن ذلك التقليد والتعصب المذهبى أن تعدد النقلة عن إمام المذهب أو تلاميذه أو كتبه مما ترتب عليه اختلاف فى تعليل أحكام بعض المسائل التى وردت عن أصحاب المذهب إما لخطأ فى النقل وإما لتعدد الرواية عن صاحب

المذهب نفسه حيث ينقل أحد الأتباع عن الإمام رأيًا ثم ينقل الآخر رأيا يخالف الأول وينسبه إلى إمام المذهب .

ومن هنا كانت الحاجة إلى ترجيح أحد هذه الآراء أو الأقوال المنسوبة إلى صاحب المذهب ليمكن العمل بها لأنه لا يعقل أن يكون هناك حكمان فى مسألة واحدة لإمام مذهب يعمل بها فى وقت واحد ، إلا إذا رأى أحدهما ثم ظهر له صحة الثانى مثلا لظهور دليل فى الثانى لم يكن موجودا عنده عند الحكم بالرأى الأول ، أو لاختلاف الزمان أو المكان الذى صدر فيه الحكم بالنسبة للأول والثانى كما هو الحال بالنسبة لمذهب الإمام الشافعى القديم فى العراق والجديد الذى نص فيه على وجوب العمل به وترك القديم واستقر على العمل بالجديد حتى وفاته رحمه الله وهو الواجب العمل به .

ثالثًا – المناظرات الفقهية :

فقد كان وجود المناظرات الفقهية بين أتباع المذاهب لبيان وجهة نظر كل مذهب والاستدلال على صحته سببا من الأسباب التى أدت إلى كثرتها والاحتدام فيها إلى درجة التعصب فى المناظرة والمجادلة للتغلب على الخصم ولو بغير دليل – حتى وصل الأمر بالبعض أن جعل كل همه هو التأليف فى فضائل الإمام وارتفاعه عن الأئمة الآخرين الذين لا يتبعهم فى المذهب ، فقد قال الشافعى صاحب المذهب الشافعى وإمامه «الناس فى الفقه عيال على أبى حنيفة» .

وقال أيضًا «إذا صح الحديث فهو مذهبى» . وقال الإمام أبو حنيفة إمام المذهب الحنفى فى المجتهدين من الصحابة والتابعين «هم رجال ونحن رجال» أى عندما يصل الأمر بنا وبهم إلى الاجتهاد وذلك فيما للرأى فيه مجال بالقياس[1] .

كما قال مالك إمام المذهب المالكى : «كل يؤخذ من كلامه ويرد إلا النبى ﷺ»

وقال الإمام أحمد بن حنبل إمام المذهب الحنبلى :«لا تقلدونى ولا تقلدوا مالكا ولا الأوزاعى ولا النخعى وغيرهم ، وخذوا الأحكام من الكتاب والسنة»[2] .

---

(١) كشف الأسرار مع شرحه ٢/ ١٣٤ الطبعة الأولى – بيروت .

(٢) راجع مدخل الفقه الدكتور حسين حامد ص ١١٣ – ١١٧ ، والمدخل أيضا للدكتور محمد الحسينى حنفى ص ١١٤–١٢٨ والمدخل للدكتور زكريا البرى وآخرين ص ١٦١ – ١٦٨ .

المبحث السابع

مرحلة التجديد الفقهى واليقظة الفقهية

١٤٠- فى نهاية القرن الثالث الهجرى وأوائل الرابع عشر بدأ الفقه الإسلامى ينهض ويتطور من جديد بما يتلائم مع المشاكل الاجتماعية التى حدثت وتحتاج إلى حكم الشرع الواضح الجلى الذى لا غموض فيه ولا التواء .

وقد بدأت بذور هذا النهوض الجديد تظهر بظهور مجلة الأحكام العدلية وقد ترتب على ذلك الاتجاه الجديد نحو الفقه الإسلامى ونبذ التقليد أن تميز الفقه بالمميزات الآتية :

١- الاتجاه نحو دراسة الفقه الإسلامى والاستفادة منه فى مجموعه وعدم التقيد بمذهب إمام بعينه ، وبذلك زال التعصب الفقهى البغيض الذى سيطر على الفقه الإسلامى وأتباعه طوال سبعة قرون أو بما يزيد ، وحجب الأنظار عما اشتمل عليه فقه الأئمة فى مجموعهم من كنوز فقهية نادرة قادرة على تحقيق مصالح الأمم وسد حاجات الشعوب .

وقد جاء القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ موافقًا لهذا الاتجاه فى كثير من أحكامه التى تتعلق بشئون الأسرة حيث كانت من قبل فى مجموعها لا بد وأن تتوافق مع أحكام المذهب الحنفى .

كما جاء قانون الإثبات الشرعى اليمنى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٦ حيث تنص المادة الثانية منه على أنه يجب أن يتقيد القاضى فى قضائه بالقواعد الشرعية ، ويجب عليه تطبيق أحكامها .

كما تنص المادة (١٩١) من نفس القانون بأنه يعمل بأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص فى القانون المشار إليه سابقًا .

كما تنص المادة (١٦) من قانون السلطة القضائية اليمنى رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦ فى المادة (١٦) بأنه يجب أن تصدر الأحكام طبقًا للشريعة الإسلامية[1] .

---

(١) راجع كتاب السلطة القضائية ونظام القضاء فى الإسلام ص ٨٤ .

٢- دراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة لكل المذاهب المشهورة منها وغير المشهورة ومقارنة أدلتها واختيار الراجح منها بما يشهد له من الأدلة الصحيحة المعمول بها فى بناء الأحكام الشرعية طبقًا لما هو مبين فى مصادر التشريع الإسلامى .

ومع أن دراسة الفقه المقارن قد ظهرت من قديم فى كتب الفقهاء القدامى ومنهم بعض أئمة المذاهب كالأم للإمام الشافعى ، والمبسوط للإمام السرخسى الحنفى والمغنى لابن قدامة الحنبلى ، وبداية المجتهد لابن رشد المالكى ، والمجموع للإمام النووى الشافعى ، ونيل الأوطار للإمام الشوكانى الزيدى وغير ذلك ، إلا أن هذه الدراسة المقارنة فى بعض الأحيان لم تخرج عن الاتجاه الذى كان سائدًا فى ذلك الوقت عن سيره الطبيعى وهو التحيز لمذهب معين .

ولم يخرج الحال عن ذلك الوضع المذهبى ليأخذ طابع الحر والنظر من غير تعصب فى جميع المذاهب مع الاتجاه العلمى الجماعى المنظم إلا من وقت أن عنيت جامعة الأزهر بذلك ابتداء من أوائل الستينيات فى القرن الحالى وإلى الأن حيث أدخلت دراسة الفقه الإسلامى المقارن ومع دراسة القانون الوضعى ومقارنته مقارنة علمية ، ثم بدأت بعض كليات الحقوق فى البلاد الإسلامية والعربية ومنها مصر - تأخذ بالمنهج الذى سلكته كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر فى دراستها التخصصية لمواد الشريعة الإسلامية التى تدرس فى كليات الحقوق ، وقد اتجه الباحثون فى الدراسات العليا فى هذه الكليات بمصر إلى تسجيل رسائل دكتوراه فى موضوعات فقهية مقارنة بالقوانين الوضعية .

وقد اتجهت كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء منذ إنشائها فى اتجاه المنهج الذى سارت عليه كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر حيث أصبحت تدرس المواد الفقهية الشرعية جنبًا إلى جنب مع المواد القانونية فى جميع فروعها وكذلك سارت كلية الشرطة بصنعاء أو بدأت تتجه هذا الاتجاه حيث أدخلت فيها مواد الشريعة الإسلامية . كما اتجهت المملكة العربية السعودية وبلاد أخرى غيرها إلى هذا الاتجاه السليم .

٣- اتجاه دساتير البلاد الإسلامية إلى اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقوانين كما فعلت الجمهورية العربية المصرية فى دستورها الصادر سنة ١٩٧١ وكما هو الشأن بالنسبة لجمهورية اليمن الشمالية التى جعلت دستورها وكل ما يصدر عنه من قوانين متفقًا مع قوانين وأحكام الشريعة الإسلامية من جميع مذاهبها وصدر فى هذا الصدد ونشر مجموعة القوانين الإسلامية التى تضمنت أغلب القوانين الإسلامية وكان صدورها فى نهاية ١٩٧٦ .

ولا تزال اللجان التشريعية فى انعقاد مستمر للانتهاء فى القريب العاجل إن شاء الله من القوانين التى لم تصدر بعد .

ولعل الجمهورية العربية اليمنية بهذا العمل لجديرة بالتقدير وبأن يحذو حذوها كل الدول العربية والإسلامية لتعود للفقه الإسلامى وحدته التشريعية كما كان الفقه من أول عهده وحتى عصر المذاهب الجماعية كى تعود للأمة الإسلامية وحدتها السياسية ، وقوتها وهيبتها من جديد ولترتفع رايتها فى كل مكان كما كان شأنها من قبل لأن الوحدة السياسية لا بد وأن تسبقها وحدة التشريع وهذا أمر سهل وبسيط إذا طبق التشريع الإسلامى فى كل البلاد العربية والإسلامية .

وواضح ما لهذا الاتجاه من تأثير كبير على تطور الفقه الإسلامى والعناية بدراسته ، ذلك أن اللجان التشريعية التى يوكل إليه وضع مشروعات القوانين تجد نفسها مضطرة لدراسة هذا الفقه والوقوف على نظرياته العامة ومبادئه الكلية وأحكامه الأساسية وأصوله الرئيسية التى يعتمد عليها .

كما سيؤدى هذا الاتجاه وهو تطبيق نصوص الشريعة الإسلامية أن يلتزم القضاة والمستشارون بدراسة هذا الفقه الإسلامى دراسة متخصصة لأنهم هم الذين يناط بهم تطبيق القوانين المأخوذة منه وأيضا هم الذين يتولون تفسيرها عند اللزوم .

وهذا ما يجعلهم يتجهون إلى المصادر الرئيسية للتشريع الإسلامى ومراجعة أحكامه الفقهية العامة والخاصة الكلية والجزئية فى كل المذاهب بما يؤيد أحكامهم التى يحكمون فيها بين الناس فى مشاكلهم الاجتماعية وقضاياهم بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .وذلك فى النهاية يجعل العناية بدراسة الفقه الإسلامى والتوسع فى هذه الدراسة بالنسبة لكليات الحقوق فى جميع البلاد العربية والإسلامية أمرا لازما لا محيص عنه ولا بديل له .

وبذا ينهض الفقه الإسلامى من جديد ويحتل المكانة اللائقة به ليساير التطور ويلاحق التقدم فى كل اتجاه ليقدم الحلول العادلة لمشاكلنا وقضايانا الملحة الحاضرة .

وفقهنا الإسلامى فى مجموعه قديمه وحديثه ولله الحمد غنى جدا بهذه الحلول التى نحن فى حاجة إليها ، وهو لا يحتاج منا إلا أن ننفض عنه غبار الزمن وذلك بتحقيقه ونشره على الصورة التى تلائم عقول أهل العصر من الباحثين فى مجال الشريعة الغراء . وهذه المسئولية تقع على عاتق الفقهاء والعلماء ورجال القانون الوضعى من المسلمين . كما تقع أيضا على عاتق القائمين على أمر الدولة بطريق العون والتشجيع وتخصيص المال اللازم لنشر هذا التراث الإسلامى العظيم على حد سواء .

الباب الثالث
مصادر الأحكام فى التشريع الإسلامى

١٤١ - تمهيد :

عرفنا عند الكلام عن الحكم أن الحاكم هو الشارع الإسلامى وهو الله سبحانه وتعالى وبذا يكون هو مصدر الأحكام وأن جميع المصادر التى نلتمسها ونعتمد عليها فى أحكامنا التشريعية الإسلامية إنما هى أدلة توصلنا إلى الحكم الصحيح الذى أراده الله أو خاطب به المكلفين ولذلك أطلق عليها أدلة الأحكام التفصيلية لأننا عرفنا الفقه بأنه (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلته التفصيلية) .

وما دام التشريع الإسلامى تشريعًا عامًا لكل زمان ومكان [١] . فإنه لا بد وأن يكون لكل واقعة حكم فى التشريع الإسلامى ، والمصدر الأصلى أو الدليل الأول الذى ينبغى الرجوع إليه لأخذ الأحكام هو الوحى الذى نزل على رسول الله ﷺ من قرآن وسنة .

ونصوص القرآن والسنة قد تكون قاطعة فى إفادة الحكم فلا تقبل النظر وقد لا تكون قاطعة فى إفادة الحكم فيكون استنباطا بالنظر فيها وتفهمها ، وقد يختلف النظر تبعًا لتفاوت العقول والأفهام فيختلف الحكم فى دائرة هذه النصوص .

وهناك كثير من الأمور لم يرد بشأنها نص خاص بناء على أن النصوص متناهية وأفعال العباد والحوادث البشرية غير متناهية ولذلك تركت ليستنبط المجتهدون من فقهاء الأمة الإسلامية أحكامها على ضوء القواعد والأمارات والنصوص إلى اعتبارها عند الاستنباط والاجتهاد ولذلك تنوعت هذه الأدلة أو المصادر التشريعية حسب اصطلاح رجال تاريخ التشريع الإسلامى إلى أدلة أصلية وأدلة

---

(١) راجع ما كتبناه سابقًا عن مفهوم الإسلام فى المبحث الثانى من الباب الأول .

تبعية (أو فرعية) وإلى قواعد عامة ، لأن الأدلة الشرعية ضربان :

أحدهما : ما يرجع إلى النقل .

الثانى : ما يرجع إلى الرأى .

وهذه القسمة هى بالنسبة إلى أصول الأدلة ، وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر كما أن الرأى لا يعتبر شرعًا إلا إذا استند إلى دليل من النقل هكذا .

المبحث الأول
الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية

١٤٢- وأدلة الأحكام الأصلية هى الوحى المرسل من الله سبحانه وتعالى إلى الناس ولذلك كانت هذه الأدلة هى الكتاب والسنة .

المقصد الأول

الكتاب

١٤٣- وهو القرآن الكريم سر السماء ونور الله فى أفق الدنيا حتى تزول ، كتاب لا ريب فيه أوحى إلى محمد بن عبد الله ورسوله بلسان عربى مبين ونزل عليه ﷺللتدبر والتذكر والمنقول إلينا نقلاً متواتراً صحيحًا قراءة وكتابة ما بين الدفتين، المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس من لدن الرسول ﷺ حتى الآن ، ويطلق عليه الفرقان لأنه يفرق بين الحق والباطل ، كما يطلق عليه الكتاب لقوله تعالى : **﴿ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين﴾**[١] ويطلق عليه الذكر قال الله تعالى : **﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾**[٢] .

وهذا الكتاب (القرآن) نزل على محمد عليه الصلاة والسلام الذى لم يقرأ من قبله كتابا ولم يخط بيمينه حرفا ، وبلغه لقومه والناس جميعًا ، وتحدى به البلغاء والشعراء على أن يأتوا بمثله ، وطال زمن التحدى فلم يجرؤوا على ذلك أو شيء منه[٣]. وهو معجزة أبدية يطاول الخلود بما فيه من علوم ومعارف وإنسانيات وإرشادات تحتاج إليها الإنسانية مابقيت ، وهذه المعجزة ستظل فتية خالدة تزداد قوة كلّما تقدم الزمن وتقدم العقل البشرى .

---

(١) سورة البقرة آية ٢ .

(٢) سورة الحجر آية ٩ .

(٣) الإسلام والأسرة والمجتمع للدكتور محمد سلام مدكور الطبعة الأولى ص ٢٩ .

وحاجة الناس جميعًا والأمة الإسلامية بحاجة ماسة جدًا إلى فهم هذا القرآن الذى هو حبل الله المتين ، والذكر الحكيم ، والصراط المستقيم ، الذى لا تزيغ به الأهواء ولا تلتبس به الألسنة ، ولايخلق عن كثرة الترديد ، ولا تنقضي عجائبه، ولا يشبع منه العلماء . من قال به صدق ، ومن عمل به أجر ، ومن حكم به عدل ، ومن دعا إليه هدى إلى صراط مستقيم ، ومن تركه من جبار قصمه الله ، ومن ابتغى الهدى فى غيره أضله الله(١) .

والقرآن يفيد القطع من ناحية ثبوته ، وهو المصدر الأول الذى لا يعدل عنه إلى غيره . أما من ناحية دلالة ألفاظه على الأحكام قد تكون ظنية إذا كان اللفظ يدل على أكثر من معنى واحد وقد تكون قطعية إذا انحصرت دلالته على معنى واحد .

وقد نزل القرآن منجما فى اثنتين وعشرين سنة وقرابة الشهرين وفاء عن عقيدة وتقريرًا لحقيقة ، وبيانا لحكم أو جوابًا لسؤال أو استفتاء بحسب الحوادث ومقتضيات الأحوال(٣) .

والحكمة فى نزوله منجمًا - أى مجزءًا - أن يحفظه الرسول ويتقوى به لأنه كلما تحدى الكفار بما ينزل عليه فيعجزون تقوى قلبه ، وكذلك أن يكون أبعث على القبول وعلى فهمه وتعرف أسراره ومراميه وقوته ذلك كى لا يقع الناس فى الضيق والحرج لو جاءتهم أحكامه دفعة واحدة .

وقد بدأ القرآن فى مكة يوجه الناس إلى العقيدة وتقويم أخلاقهم ، ثم لما تكونت للإسلام دولة بعد الهجرة كان الاتجاه الغالب إلى الناحية التشريعية . وقد كان طابع الآيات المكية القصر والإيجاز ليسهل وعيها وليكون لها من نغم الترتيل ما يجعلها أوقع فى التأثير ، أما الآيات المدنية المتعلقة بالتشريع فيتضح فيها الطول لأن آيات التقنين تحتاج إلى تعقل وتبصر وبيان علة الحكم .

---

(١) من كلام على بن أبى طالب كرم الله وجهه وانظر أصول التفسير لابن تيمية الطبعة الثانية ص ٥.٤

(٢) كلفظ (قرء) فى قوله تعالى: ﴿ يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فهو يشمل الطهر والحيض فى اللغة العربية التى نزل بها القرآن . .

(٣) الإسلام والأسرة والمجتمع ص ٢٩ .

١٤٤- ومنهج القرآن فى بيان الأحكام متنوع حتى يكون أدعى إلى القبول وأبعث على الامتثال ومع هذا فقد جاء بالقواعد الكلية غالبًا تاركا التفاصيل لاجتهاد أولى الرأى فى الأمة على ضوء ما وضح لهم من أمارات حتى يساير الحكم مصالحهم ويدفع عنهم الحرج والمشقة

ولما كان القرآن نزل للناس جميعًا مع اختلاف ألسنتهم وكان هو اللفظ العربى الذى أنزل على محمد عليه الصلاة والسلام فقد جاز ترجمة تفسيره حتى يعرف الناس الذين لا يعرفون العربية ما فى القرآن من أحكام لكن الترجمة لا تسمى قرآنا ولا تكفى لاستنباط الأحكام منها والاجتهاد على ضوئها .

وقد كتب القرآن جميعه فى عصر الرسول فى مجموعات ثم جمع ورتب في عهد أبى بكر ثم نسخ ووزع على الأمصار فى عهد عثمان بن عفان ثم تفرغ لتفسيره الكثير من العصور الأولى [(١)] .

فقد روت كتب السنة والأثر أنه لما تتابع نزول الوحى على الرسول عليه الصلاة والسلام اتخذ له كتابا من أصحابه وكلفهم بكتابة ما ينزل من القرآن أولا بأول فكتبوه فى مجموعات غير أنها لم تكن متداولة ولم يأمر الرسول بجمع المكتوب وترتيبه ونشره اطمئنانًا منه لحفظ الله إذ يقول جل شأنه : **﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾** ولأنه عليه الصلاة والسلام كان ينتظر نزول الوحى آخر لحظة من حياته البشرية فربما نزل شيء . وهو صلوات الله عليه وسلامه كان مطمئن لحفظ الصحابة له مرتبا حسب تلاوته هو أمامهم وطبقا لما كان يعرضه جبريل على الرسول ﷺ .

ولما جمع فى عهد أبى بكر بمشورة عمر رتبت الآيات داخل السور على الوجه الذى كانت تتلى به فى عهد الرسول لا حسب تاريخ نزول الوحى بها . وكذلك أيضا كان ترتيب السور على ما هو الراجح . وبعد أن تمّ جمعه - وترتيبه اقترح أبو بكر تسميته مصحفًا فسمى بذلك [(٢)] .

(١) راجع أصول التفسير لابن تيممة ، والإسلام والمجتمع ص ٤٠ .

(٢) المراجع السابقة .

المقصد الثانى

السنـــــة

١٤٥- والسنة هى الدلـيل الثانى من أدلة التـشريع الإسلامى ، وهـى ما أثر عن النبى ﷺ مـن قول ويسمـى سنة قوليـة ويطلق عليـه لفظ حديث ، أو فـعل ويسمى سنة فعلية ، أو تقرير لاجتهاد أصحابه فى عهده أو تقرير لوضع استقر الناس عليه وتسمى سنة تقريرية . وهو ﷺ فى كل هذا لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى.

ودلالة السنة علـى الأحكام قد تكون قطعـية إن كانت ثـابتة بيقين ولـفظها لا يحتمل أكـثر من معنى واحد مـثل صلاته ﷺ وصومه . وقد تـكون ظنية فى ثبوتهـا أو دلالته فتكون مـحلا للاجتهاد ، وقـد يختلف الحكم تبـعًا لذلك ، والسنة فى الغالب قصد بها تفسير القرآن وبيان مجمله .

ولفظ السنة على الإطلاق السابق يقابله لفظ (البـدعة) فيقال فلان على سنة إذا عمـل على وفق ما عـمل عليـه النبى ﷺ سواء كـان ذلك مما نص عليـه فى الكتاب أم لا ؟ ويقال فلان على بدعة إذا عمل على خلاف ذلك [(١)] .

ويطلق لفظ السنـة أيضًا على ما عمل عليـه الصحابة رضوان الله علـيهم سواء وجد ذلك فى الكتـاب والسنة أم لا ، لكونه اتباعًا لسنة ثبـتت عندهم لم تنقل إلينا أو اجتهادا مجمعا عليه منهم أو من خلفائهم كما فعلوا فى جمع المصحف وتدوين الدواوين وما أشبه ذلك .

ويدل على هذا الإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام (عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعـدى) والمقصود هنا فى بيان الـسنة هو السنة بالإطلاق الأول ، وهى أقوال النبى ﷺ وأفعاله وتقريراته [(٢)]

---

(١) أصول الفقه للخضرى ص ٢١٣ .

(٢) راجع لنا المدخل لدراسـة الحديث وعلومه (مـذكرات) لطلبة كليـة الآداب قسم الدراسات الإسـلامية ، والمدخل إلى الحديث وعلومه للدكتور صبحى الصالح .

١٤٦- والسنة من ناحية روايتها وسند وصولها إلينا وقوة الاحتجاج بها ثلاثة أنواع :

١- متواترة .

٢- مشهورة .

٣- خبر آحاد .

فالسنة المتواترة :

وهى ما رواها جمع كبير من الناس إلى جمع كبير حتى عصر التدوين وهى تفيد اليقين والقطع فى الاحتجاج بها .

وهذا النوع كثير فى السنة الفعلية دون القولية [١] .

ويشترط للتواتر ثلاثة شروط وهى :

أولاً : تعدد النقلة بحيث يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب لاختلاف مشاربهم وبلدانهم .

ثانيًا : الاستناد إلى الحس لا إلى العقل ، لأن العقل قد يخطئ ، وربما يقال إن الحس أحيانًا قد يخطئ ولا معنى لإنكار هذا ولذلك فلا بد من تقيده بأن المحسوس مما لا يشتبه عادة بأن تكررت رؤيته مثلا .

ثالثًا : أن يستوى فى ذلك الطرفان والوسط بأن يحدث المشاهدون أنهم شاهدوا وهم جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب ، وينقل عنهم أنهم شاهدوا مثلهم حتى يصل إلينا على هذا الشكل . وليس للتواتر عدد معين بل كل عدد اتصف بالوصف السابق فإنه يفيد العلم ، ولا يشترط فى إفادة العلم بالمتواتر إسلام المخبرين ولا عدالتهم [٢] .

---

(١) الإسلام والأسرة والمجتمع ص ٤١ .

(٢) أصول الخضرى ص ٢١٥ ، وعلوم الحديث للدكتور صبحى الصالح ، والمدخل إلى علوم الحديث لنا .

السنة المشهورة :

وهى مارواها عن الرسول ﷺ عدد من الصحابة لا يبلغ حد التواتر ثم يروى عنهم جمع كبيـر حتى عصر التدوين وهى تفيد الطمأنيـنة . وقال البعض بأنها أحادى الأصل ثم تواترت بعد ذلك[1] .

خبر الآحاد :

وهو النوع الثالث من السنة ويسمى الحديث المروى من هذا الطريق بخبر الواحد وهو ما رواه عن الرسول ﷺ فرد واحد أو عدد يسير من الصحابة ورواه عنهم أيضًا عدد يسير إلى عصر التدوين وخبر الواحد لا يفيد العلم بنفسه سواء أفاده بالقرائن أم لم يفده أصلا ..ولذلك فهو لا يفيد إلا ظنا ولذلك يتفاوت الفقهاء فى أخذ الأحكام من هذا القسم من السنة .

فالحنفية يشترطون للأخذ بها أن تكون موافقة للقياس ، وأن يعمل بها راويها ، وألا تكون فى مسألة كثيرة الوقوع .

والمالكية يشترطون أن تكون موافقة لعمل أهل المدينة فإن كان ما عليه عمل أهل المدينة مخالفا كان عملهم هو المرجع لأن الغالب أنه نتيجة التلقى عن الصحابة فيكون أشبه بما أجمع عليه لذا يقدم عندهم على خبر الآحاد .

ويشـترط فى راوى حـديث خبـر الآحاد شـروط وهى : البلـوغ - والإسلام والعدالة حين الأداء لا حين التـحمل - ورجحان ضبطه على غـفلته . وتعرف العدالة بالشهرة وبالتزكية . فالشهرة ، كمالك ، وسفيان الثورى ، وسفيان بن عيينه ، والليث بن سـعد ومن شابههم لأن الحاصل بها من الظن فـوق التزكية ويثبت التعديل بالتزكية من الإمام المجتهد للراوى إذا عمل بحديثه[2] .

ورجحـان الضبط يعـرف بالشهـرة وبموافقـة الراوى للمشـهورين بالضـبط فى رواياتهم لفظا ومعنى . وضبط المروى أن يتوجه الراوى بكليته إلى كل خبر عن

(١) انظر محمد سلام مدكور الإسلام والأسرة والمجتمع ص ٤١ واصول الخضرى ص ٢١٥ .

(٢) اصول الخضرى ص ٢١٧ .

سماعه ثم حفظه بتكريره ثم الثبات عليه إلى الإدلاء وهذا الشرط لازم من وقت التحمل إلى وقت الأداء .

١٤٧- أفعاله ﷺ :

وأفعاله ﷺ ثلاثة أنواع :

١- جبلى ، كالأكل والشرب والنوم والملبس وما شاكلها .

٢- قرب ، وهو ما يتقرب به إلى الله سبحانه وتعالى كالصلاة والصوم والصدقة وما ماثلها .

٣- معاملات ، كالبيع، والزواج ، والمزارعة ، والإجارة ، وما ماثلها من كل ما يدخل تحت باب المعاملات .

فالبنسبة للأفعال الجبلية فإن فعله لها لا يتقضى أكثر من إباحتها اتفاقًا .

وأما غيرها فإن ثبت خصوصيته بها بدليل كانت خاصة به لن يشاركه فيها غيره كزواج أكثر من أربع ، وجواز النكاح بغير مهر ، ومواصلة الصوم ، وإن لم تكن مختصة به - فإن تبين أنها بيان لمجمل من الكتاب ، أو تقييد لمطلق أو تخصيص لعام التحقت بما بينته وكان حكمهما حكم ما تبين ،ويعرف كونها بيانا بدليل قولى كقوله ﷺ فى الصلاة «صلوا كما رأيتمونى أصلى» وفى الحج «خذوا عنى مناسككم» أو بقرينة حال كصدوره عند الحاجة إلى بيان لفظ مجمل والفعل صالح لبيانه كالقطع من الكوع فى السرقة ، وكالتيمم إلى المرفق فهو بيان لآيتيهما عند من يُثبت إجمالهما .

فإن لم يظهر كونه خاصا أو مبينًا ، فإن عرفت صفته من وجوب أو ندب أو إباحة فإن أمته فى ذلك مثله . ودليل ذلك أن الصحابة كانوا يرجعون إلى فعله احتجاجًا واقتداء كما فعل عمر رضى الله عنه عندما قبل الحجر الأسود وقال: «لولا أنى رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ما قبلتك». وقوله جل شأنه **﴿لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة﴾** والتأسى هو أن نفعل مثل ما يفعل على الوجه الذى فعله لأجل الاقتداء به ، قال الله تعالى : **﴿قل إن كنتم تحبون الله**

فاتبعونى يُحبيكم الله﴾ والاتباع مثل التأسى فى المعنى . فإن جهلت الصفة وكان الفعل من جنس القرب كصلاة ركعتين لم يواظب عليهما ﷺ دل ذلك على الندب . وإن لم يكن من جنسها دل على الإباحة . وفى هذه المسألة خلاف طويل بين العلماء يرجع إليه فى محله [1] .

التقرير :

وتقرير النبى ﷺ للفعل مع القدرة على إنكاره دليل على إباحته وينسخ ما سبقه مما يدل على تحريم الفعل أو يخصصه ، لأنه لو لم يعتبر كذلك لكان سكوت الرسول عن الإنكار تأخيراً للبيان عن وقت الحاجة وهو محال [2] .

١٤٨ - حجية السنة :

وقد أجمع المسلمون على أن سنة رسول الله ﷺ حجة فى الدين ودليل من أدلة الأحكام ، يدل على ذلك كتاب الله الخالد الذى هو أصل الشريعة قال تعالى : **﴿وما آتاكم الرسو ل فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾** .

قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله) فبلغ ذلك امرأة من بنى أسد فقالت المرأة (لقد قرأت ما بين لوحى المصحف فما وجدته ، فقال : لئن كنت قرأتيه لقد وجدتيه قال الله تعالى : **﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾**.

وروى عبد الرحمن بن يزيد أنه رأى محرما عليه ثيابه فنهاه فقال : ائتنى بآية من كتاب الله تنزع بها ثيابى فقرأ عليه الآية السابقة .

وروى أن طاووسا كان يصلى ركعتين بعد العصر فقال له ابن عباس رضى الله عنهما (اتركهما) فقال (إنما نها عنها أن تتخذا سنة) فقال ابن عباس : (قد نهى رسول الله ﷺ عن صلاة بعد العصر فلا أدرى أتعذب عليهما أم تؤجر لأن الله

---

(١) انظر أصول الخضرى ص ٢٣٧ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣٨ .

تعالى قال **﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾** .

والسنة جاءت مبينة لما أجمل من الأحكام فى الكتاب كالصلاة والزكاة والحج ، والصوم ، والطهارات ، والذبائح ، والأنكحة ، وما يتعلق بها من الطلاق والرجعة والظهار واللعان وغير ذلك . وهو داخل تحت قوله تعالى : **﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾** . قال رجل لمطرف بن عبد الله - لا تحدثونا إلا بالقرآن ، فقال : «والله ما نريد بالقرآن بدلا ولكن نريد من هو أعلم بالقرآن منا». وقال الأوزاعى «الكتاب أحوج إلى السنة من السنة إلى الكتاب ، وذلك لأنها تبين المراد منه» [1] .

(١) المرجع السابق ص ٢٣٩ .

المبحث الثانى
(المصادر التبعية)

١٤٩- والمصادر التبعية لاستنباط الأحكام الشرعية هى الإجماع والقياس والاستحسان ، والعرف ، والمصلحة والذرائع ، والاستصحاب .

وبالنسبة للإجماع والقياس كمصدرين من مصادر استنباط الأحكام فإنه لاخلاف بين جمهور الفقهاء عن الأخذ بهما وبحجيتهما . أما بالنسبة لبقية المصادر فقد جرى الخلاف وإن كان هذا لا يؤثر فى الأخذ بهما والاستدلال إن ترتب على ذلك مصلحة المجتمع بما يتواءم مع القواعد العامة لأحكام الشريعة الإسلامية .

١٥٠- ويلاحظ أن الأدلة الشرعية تنقسم إلى ضربين :

أحدهما : ما يرجع إلى النقل .

والثانى : ما يرجع إلى العقل .

وهذه القسمة هى بالنسبة إلى أصول الأدلة . وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر لأن الاستدلال بالمنقولات لا بد فيه من النظر(١) كما أن الرأى لا يعتبر شرعا إلا إذا استند إلى النقل .

فأما الضرب الأول فالكتاب والسنة . وأما الثانى فالقياس والاستدلال ويلحق بكل منهما وجوه ، إما باتفاق وإما باختلاف ، فيلحق بالضرب الأول الإجماع ومذهب الصحابى ، وشرع من قبلنا لأن ذلك راجع إلى التعبد بأمر منقول صرف . ويلحق بالضرب الثانى الاستحسان والمصالح المرسلة إن قلنا إنها راجعة إلى أمر نظرى ، وقد ترجع إلى الضرب الأول إن قلنا إنها راجعة إلى العمومات المعنوية .

---

(١) أى البحث والاجتهاد الذى يحتاج إلى العقل والنظر .

وعند البحث والنظر علينا أن نقول إن الأدلة كلها تنحصر فى الضرب الأول وهو الكتاب والسنة ، لأنا لم نثبت الضرب الثانى بالعقل ، وإنما أثبتناه بالأول أى النقل إذ منه قامت أدلة صحة الاعتماد عليه وإذا كان كذلك فالأول هو العمدة فقد صار الأول مستند الأحكام من جهتين .

الأول : دلالته على القواعد التى تستند إليها الأحكام الجزئية ، كدلالته أن الإجماع حجة ، وعلى أن القياس حجة وكذا قول الصحابى ، وشرع من قبلنا والإستحسان والمصالح المرسلة . . . . إلخ .

ثم إن الضرب الأول راجع فى المعنى إلى الكتاب وحده وذلك من وجهين :

الوجه الأول :

أن العمل بالسنة والاعتماد عليها إنما يدل عليه الكتاب لأن الدليل على صدق الرسول ﷺ إنما هو المعجزة التى تؤيده فى دعواه الرسالة.

وقد حصر النبى ﷺ معجزته فى القرآن الكريم بقوله «**وإنما كان الذى أوتيته وحيا أوحاه الله إلىّ**» هذا وإن له من المعجزات الكثير جداً وبعضه يعجز على مثله البشر ، إلا أن معجزة القرآن أعظم من ذلك كله . وأيضا فإن الله قال فى كتابه العزيز : ﴿**يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم**﴾ ، وقال جل شأنه ﴿**أطيعوا الله ورسوله**﴾ . وقال جل وعلا : ﴿**من يطع الرسول فقد أطاع الله**﴾ وقال تعالى : ﴿**وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا**﴾ .

الوجه الثاني :

أن السنة إنما جاءت مبينة للكتاب وشارحة لمعانيه ولذلك قال الله تعالى : ﴿**وأنزلنا إليك الذكر**(1) **لتبين للناس ما نزل إليهم**﴾ ، وقال جل وعلا : ﴿**يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك**﴾ والتبليغ إنما هو تبليغ الرسالة فى الكتاب ، والكتاب يحتاج إلى بيان من السنة وكذلك فعل النبى ﷺ ومع

(١) أى القرآن .

ذلك فبيانه لا يخرج عن الكتاب وهو فى كل لا يقول إلا عن وحى **﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى﴾**(١) كما أخبرنا بذلك القرآن الكريم(٢) .

ومن هنا كان كتاب الله هو أصل الأصول والغاية التى تنتهى إليها أنظار النظار ومدارك أهل الاجتهاد وليس وراء ذلك مرمى .

وعلينا بعد هذا التمهيد أن نبدأ فى الكلام عن بقية المصادر بعد الكتاب والسنة فى المقاصد التالية .

المقصد الأول

الإجماع

١٥٢- وهو أن يتفق جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول ﷺ على حكم شرعى قابل للاجتهاد وهو حجة فيجب الأخذ بالحكم المجمع عليه ولا يجوز لأحد مخالفته.

ولا ينعقد الإجماع إلا عن مستند لأن الفتوى بدون المستند خطأ لكونه قولا فى الدين بغير علم ، والأمة معصومة من الخطأ . فإذا علم الإجماع فهو حجة قطعية، ومعنى ذلك أنه يصير المسألة المجتهد فيها قطعية الحكم لا تصلح بعد ذلك أن تكون محلا للنزاع ولا يلتفت لما خالفه من الأدلة الظنية(٣) . لقوله ﷺ «لا تجتمع أمتى على خطأ) ولقول الله تعالى : **﴿ومن يشاقق الرسول من بعد**

---

(١) سورة النجم الآية (٣ ، ٤) .

(٢) انظر بيان ذلك فيما كتبناه من المصدر الثانى وهو السنة .

(٣) خالف فى هذه القضية بعض الخوارج والشيعة وللفقهاء كلام كثير فى إمكان حدوث الإجماع الآن بل منهم من قال إنه لا يمكن حدوثه بعد عصر الصحابة بل فى عهد عمر لتفرق الصحابة فى الأرض وراجع التفصيل فى أصول الخضرى ص ٢٧١ ، ص ٢٨٨ ومحمد سلام مدكور الإسلام والأسرة والمجتمع ص٤٢

ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً﴾[1] . فإن ذلك يوجب اتباع سبيل المؤمنين . ومع أن هذه الأدلة وغيرها ظنية الدلالة من حيث المعنى إلا أن الرواية قد تضافرت عن الرسول ﷺ بألفاظ مختلفة مع اتفاق المعنى فى عصمة هذه الأمة من الخطأ واشتهر ذلك على لسان التقاة من أصحابه كعمر وابن مسعود وأبى سعيد الخدرى وأنس بن مالك وابن عمر وأبى هريرة ، وحذيفة بن اليمان وغيرهم من نحو قوله ﷺ **«لا تجتمع أمتى على الضلالة «لم يكن الله ليجمع أمتى على الضلالة» سألت الله ألا يجمع أمتى على الضلالة فاعطانيها» ولا تزال طائفة من أمتى على الحق ظاهرين لا يضرهم خلاف من خالفهم» «ويد الله مع الجماعة ولا يبالى بشذوذ من شذ ومن فارق الجماعة ومات فميتته جاهلية»** وغير ذلك كثير .

ولم تزل هذه الأخبار ظاهرة فى الصحابة والتابعين ومن بعدهم لم يدفعها أحد ولم تزل الأمة تحتج بها فى أصول الدين وفروعه فى عصور مختلفة حتى كان فقهاء كل عصر ينكرون أشد الإنكار على من خالف رأى مجتهدى السلف ولذلك قال البعض بأن إنكار حكم الإجماع القطعى كفر ، لأن مثل هذا الإنكار إنما يتضمن إنكار دليل قاطع وهو يتضمن إنكار صدق الرسول ﷺ وذلك كفر بلا خلاف .

المقصد الثانى

القياس

١٥٣- وهو إلحاق أمر لا نص فيه ولا إجماع بآخر منصوص على حكمه أو مجمع عليه وتعليق حكمه عليه لاشتراكهما فى العلة التى شرع من أجلها الحكم كعلة الإسكار فى الخمر المتخمر من عصير العنب الذى ورد فيه النص بالتحريم والأمر باجتناب شربه فإن هذه العلة تتعدى إلى كل مسكر ولو كان متخذاً من غير عصير العنب لاتحاد المعنى فيكون الحكم واحداً وهو الحرمة فى الجميع بالنسبة لظن المجتهد لأن الشريعة الإسلامية معقولة المعنى وأحكامها معللة بما فيه نفع الأمة ونفى الضرر عنها .

ولذلك كان القياس حجة عند الجمهور يعول عليه فى استنباط الأحكام الشرعية عند عدم النص أو الإجماع لأن مستند القياس هو النص أو الإجماع .

والقياس حجة تفيد الظن لا القطع . وقد توسع الحنفية فى الأخذ به وقدموه على خبر الواحد فى بعض الأحيان ، والظاهرية ينكرون القياس ويمنعون الأخذ

المقصد الثالث

الاستحسان

١٥٤- وهو العدول عن الحكم فى مسألة ما عن مثل حكم به فى نظائرها إلى حكم آخر مخالف لدليل قوى خاص بها . أو بمعنى آخر - هوعدول المجتهد عن حكم استثنائى لدليل رجح لديه هذا العدول .

ومعنى ذلك أن تكون هناك قاعدة شرعية عامة وتوجد مسألة تندرج تحتها لكنه يوجد فيها دليل خاص يقضى بحكم معين فى هذه المسألة على خلاف ما تقضى به القاعدة العامة فيعدل المجتهد عن تطبيق القاعدة الأصلية ويعمل بالدليل الخاص أو يوجد نص خاص فى مسألة ما ويوجد نظير لهذه المسألة لا نص فيه ويقضى القياس بإعطائه نفس الحكم لكن يوجد فى المسألة الأخرى دليل آخر أقوى من القياس ويعمل بالدليل الذى هو أقوى منه .

١٥٥- أمثلة للأحكام التى خرجت عن القواعد العامة بدليل خاص :

١- من أكل أو شرب وهو صائم حكم ببطلان صومه وفساده ووجب عليه إعادة ما أبطله وأفسده وإتيان صوم جديد يبدأ من أول اليوم إلى نهايته بدلا مما أفسده ، لأن الصيام لا يتحقق إلا بالامتناع عن الطعام والشراب وكل ما يدخل الجوف أو الأمعاء ولا فرق فى ذلك بين من أكل باختياره أو أكل ناسيا فمن أكل ناسيا طبقا للقاعدة العامة والأدلة التى تحكمها يبطل صومه ويحكم علية بذلك ، ولكن استثناء من هذه القاعدة حكم بصحة صيام من أكل ناسيا لحديث يدل على صحة الحكم بهذا وهو «**من أكل أو شرب ناسيًا فليتم صومه**»، وسمى هذا الخروج استحسانًا .

٢- القاعدة العامة الشرعية تقضى بأن المشترى متى تسلم المبيع صار فى ضمانه وإذا هلك أو تلف فإنما يهلك أو يتلف على ملكه ، كما تقضى نفس القاعدة بفساد شرط الضمان على البائع لأية مدة بعد التسليم قصيرة كانت أو طويلة لمخالفته لمقتضى العقد والحكمة من مشروعيته واقتران الشروط الفاسدة بعقود المفاوضات المالية يؤدى إلى فسادها ومعنى ذلك فساد شرط الضمان فى جميع

عقـود الثلاجات والغسـالات وأجهزة الراديو والـتلفزيون وغيـر ذلك مما جرى العمل به الآن لمخـالفته لحكم القاعدة ولكـن شرط الضمان فى العقـود السابقة جائز شرعًا لدليل خاص فيها وهـو جريان الناس وتعارفهم على العمل بها لأن الحاجة داعية إليها والعرف دلـيل شرعى يعول عليه فى إصدار الأحكام التى لم يرد بشأنهـا نص وهذه العقود لـم يرد بشأنها نص يدخلـها فى القاعدة الـعامة فعمل فيهـا بمقتضى الدليل الاستثنائى الخاص وهو العـرف الذى يعتبر فى هذه الحالة أقوى من دليل الأصل فعمل به وسمى ذلك استحسانًا .

٣- القاعدة العامة تقضى بأن يد الأمين غير ضـامنة كالوكالة فالوكيل أمين فيما تحت يده بهذه الوكالة من أموال ولا يضمن تلـفها إلا إذا ثبت تقصير منه راجع إليه ويدخل تحت هذه القـاعدة الصانع لأنه فى معنى الـوكيل فى الشىء الذى يقوم بتصنيـعه لصاحبه ومع ذلك فقـد حكم بتضمينه ولو لم يثبت مـنه تقصير خروجًا على القاعدة الأصلية استحسانًا ؛ وذلك لما لوحظ من فساد الذمم غالبا بين الناس ما دام أن العمل يرجع إلى الصـانع وينسب إليه ولا غنى للناس عن التـعامل بذلك وقـد حكم بذلك الإمـام على بن أبى طـالب كرم الله وجـهه للمصلحة العـامة فالدليل الخاص هنا هو المصلحـة وهى ترجح فى هذه المسألة عن دليل القاعدة العامة .

والمصلحـة فى هذا هى المحـافظة على أمـوال الناس ، لأنهم يـحتاجـون إلى التعامل مـع الصناع وهم يغيبون الأمتـعة عن أعين أصحابهـا وليس من شأنهم الاحتياط فى حفظها ، وقد أشار الإمام على بن أبى طالب كرم الله وجهه إلى ذلك فى الحكم بقوله «لا يصلح الناس إلا ذاك» ، وقـد وافقه على هذا الحكم الصحابة ولم يعـرف أن واحدًا منهم خالفه فيه فكان إجـماعًا . وهو دليل آخر خاص مع دليل المصلحة فى هذه المسألة أخرجـها عن حكم القاعدة العامة وهو عدم الضمان إلى الضمان .

١٥٦- أمثلة على الأحكام التى خرجت عن القياس الظاهر الواضح إلى القياس الخفى :

١- الماء الذى تصيبه النجاسة يحكم بنجاسته ، والقياس الظاهر يقضى بأن يحكم بنجاسته إذا شربت منه سباع الطيور كالنسر والحدأة لأنها تشرب بمنقارها وهو يخالط النجاسات غالبًا لأنها تأكل به الميتة قياسًا على سؤر سباع البهائم كالأسد والنمر ومع ذلك حكم بطهارة الماء الذى تشرب منه قياسًا على الآدمى لأن كلاً منهما غير مأكول اللحم ويسمى هذا القياس قياسًا خفيًا وقد عدل به عن الأول الظاهر استحسانا لأن القياس الأول قد ضعفت علته وهو مخالطة اللعاب للماء فى سؤر البهائم وليس كذلك فى سباع الطير لأنها إنما تشرب بمناقيرها وهى عظم والعظم طاهر فانتفت علة النجاسة فكان طاهرًا كسؤر الآدمى ، وعلة القياس الخفى أقوى من القياس الظاهر .

٢- الوقف - هو عبارة عن خروج مال الواقف بإرادته من ملكه إلى ملك الموقوف عليه ومعنى ذلك أن تطبق عليه أحكام البيع فى نقل الملكية فإذا أضافه إلى الزمان المستقبل كأن ينص الواقف فى إشهاد وقفه على أنه يقف أرضه الكائنة بجهة كذا والمحددة بحدود كذا على المكتبات العلمية بجامعة صنعاء مثلا على ألا يبدأ صرف الريع لهذا الغرض إلا بعد ثلاث سنوات من تاريخ الوقف فإنه لا يصح الوقف طبقًا لقاعدة نقل الملكية العامة لأنها لا تصح مع مثل هذا الشرط كما فى البيع وهذا قياس واضح ظاهر ومع ذلك فقد حكم بصحة الوقف انتقالا من هذا القياس الظاهر إلى قياس آخر خفى على المجتهد وهو أقوى من حيث الدلالة من القياس الأول لقوة علته ، وذلك لأننا عند التأمل نجد أن الوقف إنما يقصد به انتفاع الموقوف عليه بالموقوف وهو فى هذا يشبه الإجارة التى لا بد فيها من أن تكون العين المستأجرة بحيث يمكن انتفاع المستأجر بها لأن المقصود من الإجارة ملكية المنفعة.

والإجارة يجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل فقياس الوقف عليها يقضى بجواز إضافته إلى الزمان المستقبل وواضح أن القياس الأول قياس جلى ظاهر لأنه

مبنى على شبه ظاهر وأن الثانى خفى لأنه مبنى على مشابهته فى الغاية والقصد الذى لا يدرك إلا بعد نظر وتأمل ، وقد أخذ الأحناف بذلك وسموه استحسانا.

١٥٧- حجة الاستحسان :

المشهور أن القائلين بحجية الاستحسان هم الأحناف وحدهم وأن الجمهور يخالفونهم فيه ولا يأخذون به ، وهذا مخالف للواقع لأن الاستحسان المبنى على نص أو إجماع مما لا نزاع فيه ، وكذلك تقديم القياس الأقوى وإن خفيت علته على الأضعف وإن كان ظاهراً عند من أخذ بحجيّة القياس وأما الاستحسان المبنى على المصلحة فقد قال به المالكية وإن سموه استصلاحًا .

المقصد الرابع
المصالح المرسلة (الاستصلاح)

١٥٨- **والمصالح** المرسلة دليل من أدلة الأحكام الشرعية وتعرف بأنها كل مصلحة لم يرد بشأنها دليل معين فى كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس يمنع العمل بها مع مراعاة أن تكون المصلحة حقيقية وعامة وبها جلب منفعة أو دفع مضرة مثال ذلك : تطعيم الأطفال وتحصينهم ضد الأمراض الوبائية الخطيرة التى تهدد حياتهم وتطعيم القادمين إلى البلاد أو الخارجين منها أمر لم يرد بشأنه دليل معين فى الشرع يدل على اعتباره أو على إلغائه وتركه لكن لو أوجبناه على جميع أولياء الأمور وعلى الناس فى الحالات التى تقتضى ذلك لكان من ذلك دفع حرج عام هو خطر انتشار الأوبئة بما يهدد الناس جميعًا فى حياتهم وفى معيشتهم وصحتهم وهذا لا تعارضه الشريعة بل دعت إليه واعتبرته فى بناء كل أحكامها لأن الشريعة ماجاءت إلا لتحقيق مصالح العباد ورفع المفاسد والضرر عنهم ولا تتحقق هذه الحكمة بالوقوف عند المصالح التى نص الشارع على اعتبارها بخصوصها وعدم تجاوزها إلى غيرها مما سكت عنه ؛ لأن مصالح الناس ليس لها حد تقف عنده لتطورها وتجددها حسب الزمان والمكان ، والاقتصار على ماورد بشأنه نص يؤدى إلى إهدار كثير من مصالح الناس وإلحاق الضرر بهم وإيقاعهم فى العنت والمشقة فيمكن العمل بكل ما فيه مصلحة مع مراعاة الشروط السابقة وألا يتوسع فيها بما يتعارض مع حدود ما شرعه الله حتى لا يتخذ ذلك أى العمل بالمصلحة ذريعة إلى الفساد والعمل بما يتعارض مع شريعة الإسلام وأهدافها الرئيسية العامة[1] .

وأنه وإن كان المشهور أن الإمام مالك هو الذى أخذ بهذه المصالح إلا أن الواقع والأقرب إلى الفهم أن الجميع لا يمانع من أن يأخذ بها ، وقد عمل بها الصحابة وهم أقرب الناس إلى فهم الشريعة ومراميها وأقرب إلى زمن التشريع

(١) راجع الخضرى، الأصول ص٣٣٤، والمدخل للدكتور / محمد الحسينى ص٢٤٧، وما بعدها وحسين حامد ص ١٧٣ وما بعدها .

قادرين على تفسيره كما فعلوا فى مسألة جمع المصحف فى عهد الخليفة أبى بكر وعثمان وكما فعل عمر فى ضريبة الخراج على أراضى البلاد المفتوحة حيث جعلها فى يد أصحابها وكما فعل على فى تضمين الصناع وصار ذلك إجماعًا لم يخالفهم فيه أحد من المجتهدين فى عصورهم .

١٥٩- أقسام المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها :

تنقسم المصلحة من حيث قوتها فى ذاتها إلى أقسام ثلاثة :

١- مصلحة ضرورية .

٢- مصلحة تحسينية .

٢- مصلحة حاجية .

١٦٠- المصلحة الضرورية :

وهى مالابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الناس على استقامة ، بل على فساد .

ومجموع المصالح أو المقاصد الضرورية خمسة هى :

١- حفظ الدين .

٢- حفظ النفس .

٣- حفظ النسل .

٤- حفظ المال .

٥- حفظ العقل .

حفظ الدين :

دل الاستقراء على أن الشارع قد شرع من الأحكام والتكاليف ما يحمى هذه المصالح التى تبلغ الحاجة إليها مبلغ الضرورة ، ولا تقوم حياة الناس بدونها ، فحاجة البشر إلى التدين حاجة تبلغ مبلغ الضرورة ، ولا غنى لإنسان ذى فطرة

سليمة عن الدين وإحسان الصلة بالله عز وجل ، لأن ذلك يمده بزاد روحى يوفر له السعادة والطمأنينة وراحة البال والقوة على مواجهة الصعاب والعقبات فى هذه الدنيا ، ويعطيه الأمل فى رضاء الله وثوابه فى الدار الآخرة [1] .

وقد رأينا الشارع يشرع أصول العبادات ، كالإيمان والنطق بالشهادتين والصلاة والزكاة ، والصيام ، والحج ، وغيرها لحفظ الدين من جانب الوجود أى لإقامة أركانه وتثبيت قواعده حتى يكون هناك تدين فى الواقع ، كما شرع العقوبات الرادعة لكل جريمة تعد اعتداء على الدين الذى تؤمن به الجماعة وتعتبره ضرورة من ضروريات الحياة لا تقل عن الحياة نفسها فكانت الحرب مشروعة لكل من أراد أن يصد الناس عن دينهم ويعتدى على حرية عقائدهم وكذلك كانت عقوبة حد الردة للمرتد التارك لدينه المفارق للجماعة .

حفظ النفس :

حق الناس فى الحياة هو من أقدس الحقوق ، وأهم المصالح بعد مصلحة التدين إذ لا تبقى هذه الدنيا عامرة إذا لم توضع الأحكام التى تكفل المحافظة على النفس البشرية من جانب الوجود والعدم . وقد تكفل التشريع الإسلامى بحماية حق الحياة ووضع من الأحكام ما يحفظ النفوس ويصون الدماء .

أما حفظ البشرية من جانب الوجود فقد شرع له ما يطلق عليه علماء الأصول قسم العادات والمعاملات ، فبالنسبة لقسم العادات أباح الشارع ، بل أوجب على كل مسلم أن يتناول من المأكولات والمشروبات ، والملبوسات ، والمسكونات ما يلزم لحياته بحيث يعد مطيعًا إذا تناول ذلك بنية الطاعة وتنفيذ أوامر الشارع ، ومصلحة الجماعة فى حفظ نفسه . ويأثم إذا هو ترك ما يحفظ عليه هذه الحياة لأنه قد فوت على الجماعة نفسًا وأهدر لله حقًا .

وبالنسبة للمعاملات - فقد شرع الله من الأحكام ما ينظم به علاقة الإنسان مع غيره ، ويجمع ذلك تنظيم طرق انتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض بالعقد على الأعيان أو المنافع أو الإبضاع .

---

(١) الموافقات ٢/٨ ونظرية المصلحة للدكتور حسين حامد ص ٢٤ .

غير أن الذى يدخل فى قسم المصالح الضرورية من العادات والمعاملات هو ما كان ضروريا ولازما منها لحفظ الحياة ذاتها . وأما ما زاد على ذلك فإنه يدخل فى قسم الحاجيات أو التحسينات .

فإذا توقفت الحياة على تناول طعام كان تناوله مصلحة ضرورية . وإذا لم يكن الحصول على هذا الطعام إلا بعقد على العين أو المنفعة كان هذا التعاقد من باب الضروريات .

حفظ النفس من جانب العدم :

وأما حفظ النفس من جانب العدم فقد تكفلت به شريعة القصاص والديات فى النفس والأطراف ، فإن شريعة القصاص ضرورية للحفاظ على حق الحياة ، وبدونها لا تصان النفوس ولا تحقن الدماء. قال الله سبحانه وتعالى : **﴿ولكم فى القصاص حياة﴾** ، فالقصاص ضرورى لحفظ النفس إلا إذا عفا أولياء الدم عنه إلى الديات ويقابل الأفعال التى توجب القصاص فى النفس والأطراف فى الشريعة جنايات الاعتداء على النفس والأطراف فى القوانين الجنائية الوضعية وعقوباتها هى أكبر العقوبات .

حفظ المال :

وحق الإنسان فى ماله والتمتع بثمرات ملكه حق من الحقوق التى لا غنى للبشر عنها وحاجة المسلم إلى حماية هذا الحق أو حفظ تلك المصلحة حاجة تبلغ حد الضرورة ، وتأتى تالية فى المرتبة بعد حقه فى حفظ نفسه وحقن دمه والشريعة لم تهمل حمايته هذه المصلحة الضرورية فقد شرعت من الأحكام ما يحفظ هذه المصلحة من جانبى الوجود والعدم على حد سواء .

فالمعاملات شرعت لحماية حق الإنسان فى تنمية ملكه ، وزيادة ثروته بما يعود عليه وعلى الجماعة بالخير والرفاهية ، فالبيع والإجارة من المصالح الضرورية لحفظ المال من جانب الوجود ، إذ بدونهما لا يمكن تحصيل المال أو تنمية الثروة فى العصور الحديثة حيث تلاشت أسباب التملك المباح .

ونظام الشركات يحققه مصلحة ضرورية فى بعض المجتمعات التى يعجز فيها الفرد عن تنمية ثروته على انفراد ، فى حين أنه يكون من المصالح الحاجية فى بعض المجتمعات الأخرى كما فى العصور السابقة .

وأما حفظ هذه المصلحة من جانب العدم - فقد شرع له حد القطع فى السرقة والتضمين فى الغصب والتعدى على الأموال . فالسرقة جريمة تعود على أصل هذه المصلحة بالإبطال؛ لذلك كانت عقوبة السرقة ضرورية فى حفظ هذا الحق، وحماية تلك المصلحة . وقدر الشارع وهو الله الحكيم الخبير أن عقوبة غيرها لا تردع السراق الذين اتخذوا من السرقة حرفة دون حاجة أو ضرورة تدعوهم لذلك ، وقعدوا عن الكسب المشروع والعمل الحلال .

وأما التضمين فهو الجزاء على كل تعد على مال الغير أو تقصير أو إهمال فى حفظه إذا كان المقصر أو المهمل قد التزم هذا الحفظ بعقد أو بحكم الشرع [1] .

حفظ العقل :

حفظ العقل من المصالح الضرورية ، إذ العقل مناط التكليف كما سبق أن ذكرنا، إذ لا تقوم مصالح أمة إلا إذا كانت عقول أبنائها سليمة من كل آفة ، قادرة على التفكير والتدبير ، لإسعاد أمتهم فى الداخل وحمايتها من الخارج .

وذلك لأن منفعته من منافعها فكل ما يعود على النفس بالحفظ من جانب الوجود يعود على العقل بالحفظ من هذه الجهة أيضًا ، وقد عرفنا أن العادات بطريق مباشر ، والمعاملات بطريق غير مباشر شرعت لحفظ النفس ، فتكون لازمة لحفظ العقل أيضًا .

وقد شرع لحفظ العقل عقوبة زائدة على العقوبات المقررة للاعتداء على النفس أو أحد الأعضاء أو منافعها ، والعقل أحد هذه المنافع وهذه العقوبة توقع على الشخص نفسه إذا تناول ما يفسد عقله لأنه يضر بالجماعة ويفقدها عضواً

(١) نظرية المصلحة ص ٢٨ .

صالحا وعقلا مفكرًا ، والإنسان فى الجماعة عليه حقوق ومن هذه الحقوق أن يحفظ عقله ونفسه لخير الجماعة التى تربى فيها وبمجهود مجموع أفرادها عاش، فهو وإن كان له الحق فى عقله إلا أنه ليس فى الإسلام حقوق فردية خالصة فكل حق لا بد وأن يقابله واجب فما وكُل حق للفرد إلا وفيه لله حق . بمعنى أن كل تصرف فى حق من حقوق الإنسان يضر بالجماعة يمنع منه ، ويعبر عن حق الجماعة بحق الله تعظيما له وتشريفا ولذلك حرم الانتحار وتبذير الشخص لماله ، وحجر على المكلف للسفه ، ولم يجز للشخص أن يلقى بنفسه إلى التهلكة ، ولا أن يسمح لغيره فى أن يأكل ماله بالربا إلى غير ذلك .

حفظ النسل :

وأما حفظ النسل فهو من المصالح الضرورية فى الحياة الإنسانية وكل ما شرع لحفظ النفس يحفظ النسل أيضًا من جانب الوجود . وأما الاعتداء على النسل، فقد عد جريمة مفوتة للنسل ولذلك شرع حد الزنا وحد القذف حفظًا لهذه المصلحة من جانب العدم .

١٦١- المصالح الحاجية :

والمصالح الحاجية عرفت بأنها : ما افتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع فى المصالح العامة(١) .

ومعنى هذا أن الشارع إذا لم يشرع من الأحكام ما يحفظ المصالح الحاجية ، فإنه لن يفوت دين ولا نفس ، ولا نسل ، ولا عقل ، ولا مال ، بل تبقى أصول هذه المصالح محفوظة ، ولكن هذا الحفظ لا يكون أكمل وأتم إلا إذا روعيت تلك المصالح الحاجية .

وقد مثل الأصوليون لهذا القسم من المصالح فى العبادات بالرخص المخففة بالنسبة إلى لحوق المشقة بالمرض والسفر وفى العبادات بإباحة الصيد والتمتع

(١) الموافقات ٢/ ١٠ ، ونظرية المصلحة - ٨٨.

بالطيبات مما هو حلال، مأكلا ومشربًا وملبسًا ومسكنًا ومركبًا وما أشبه ذلك .

وفى المعاملات بالقراض والمساقاة ، والسلم وإلغاء التوابع فى العقد عن المتبوعات كثمر الشجر . وفى الجنايات بالحكم بالقسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناع وما أشبه ذلك .

فهذه الأحكام كلها ليست ضرورية لحفظ أصل المصالح الخمسة الكلية ، وإنما هى أحكام تكمل هذا الحفظ ، وترفع عن تحصيل أصل المصالح الحرج الشديد والمشقة الزائدة فالتمتع بالطيبات بما فوق الحاجة إلى حفظ الحياة ليس ضروريًا لأصل حفظ النفس ، ولكنه مكمل لهذا الحفظ ومحقق لحاجة وإن لم تبلغ مبلغ الضرورة ، لكن ينال الإنسان بفقدها الحرج والمشقة .

وعقود السلم ، والمساقاة والقراض ، لا تدعو إليها ضرورة حفظ النفس أو المال ، ولكنها تكمل هذا الحفظ وترفع عن المكلف بعض الحرج والمشقة التى تناله لو لم تشرع هذه العقود . وكذلك بعض الأحكام التى شرعت لتكميل حفظ الأصول الكلية من جانب العدم كالحكم بالقسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناع . فإن هذه الأحكام لا تصل الحاجة إليها إلى حد الضرورة وإن كان فى شرعها تكميل لحفظ المقاصد الكلية ورفع الحرج والمشقة عن المكلف فى ملابسة أسباب حفظها .

١٦٢- المصالح التحسينية :

عرفت المصالح التحسينية بأنها «الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التى تأنفها العقول الراجحات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق[١] .

وقد مثل لهذا القسم فى العبادات بإزالة النجاسة والطهارات كلها وستر العورة وأخذ الزينة فى الصلاة والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات وما أشبه بذلك .

---

(١) راجع الموافقات للشاطبى (٢/ ١١) .

ومثل له فى العادات – بآداب الأكل والشرب ومجانبة المأكولات النجسة كذلك والمضرات ، والإسراف فى كل شئىء تناولته يد الإنسان بالملك والإباحة .

ومثل له فى المعاملات بالمنع من بيـع النجاسات وفضل الماء والكلأ وسلب المرأة منصب الإمامة العظمى وإنكاح نفسها بنفسها .

ومثل له فى الجنايات بمنع قتل النساء والصبيان والرهبان من الأعداء فى الجهاد. فهذه الأحكام كلـها ليست ضرورية للحفـاظ على المقاصد الكلية ولا مـحتاجا إليها فيها ولا يلزم من عدم تشريـعها حرج شديد ولا مشقة زائدة ، ولكن هذه الأحكام تجـرى مجرى التـحسين والتـزين بالنسبـة لما سبـقها من الـضروريات والحاجيات ، بحيث تحس النفس البشرية بجمال التشريع الإسلامى وكماله عند اكتمال الضروريات والحاجيات والتحسينيات[1] .

(١) راجع نظرية المصلحة ٣٠ ، ومحمد سلام مدكور : الإسلام والأسرة والمجتمع ص ٢٤ .

المقصد الخامس

الذرائع

١٦٣- وهو النوع السادس من أدلة الفقه التبعية بالنسبة لاستنباط الأحكام من التشريع الإسلامى إذا لم يوجد دليل من المصادر الأصلية السابقة والمراد بالذرائع المفاسد وعلى هذا يكون المقصود من سد الذرائع هو سد الأبواب التى تؤدى إلى المفاسد سواء كان ذلك فى ترك الواجبات أو فعل المنهيات ومعنى ذلك أن ما يؤدى إلى الواجب يكون واجبًا ، وما يؤدى إلى المفسدة يكون حرامًا ويمنع الشخص من فعله حتى ولو كان جائزا فى نفسه أى لم يدخل تحت نص محرم أو قاعدة ناهية أساسًا وعلى ذلك يكون المنع أو النهى لأمر خارجى آخر يتعلق بهذا الفعل المباح أو الجائز فعله ممنوعًا إذا كان يؤدى إلى مفسدة فى الغالب أو يؤدى إلى ارتكاب ما هو محرم .

وممن اشتهر عنه القول بسد الذرائع (الإمام مالك) رضى الله عنه حتى أضحى واضحًا فى الأذهان عند علماء التشريع أنه وحده هو القائل بها مع العلم أنه عند البحث والنظر والتحقق من أقوال الفقهاء وأدلتهم وفروع أحكامهم نجد أن الجميع قد أخذ بما أخذ به الإمام مالك بالنسبة لهذه النظرية لأن الجميع يتفق فى تطبيق جزئياتها لأنهم جميعًا يسدون الذرائع ويمنعون طرق الفساد ووسائله فى الجملة وإن اختلفت نتائجهم الفروعية من حيث التطبيق .

١٦٤- أمثلة لسد الذرائع :

١- تحريمه عليه الصلاة والسلام خلوة الرجل المكلف بالمرأة الأجنبية عنه أى التى يجوز زواجها منه - وتحريمه أن تسافر المرأة مع رجل غير ذى محرم لأن ذلك يؤدى إلى مفسدة الزنا .

٢- نهيه ﷺ عن منع فضل الماء لئلا يكون ذلك ذريعة إلى منع الكلأ عن الناس الذى هو مباح للكل من قوله ﷺ **«الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ،**

والنار، والكلأ» . فإذا منع فضل الماء الذى لا يحتاجه الإنسان عن غيره الذى هو فى حاجة إليه فقد يؤدى إلى منع المباح . فمثلا هنا إذا منع صاحب الماء فضله عن صاحب البهائم لإسقائها من ذلك الماء الزائد لم يتمكن من الرعى حوله فى المباحات .

فهذه النصوص التشريعية السابقة وغيرها تدل على معنى واحد وهو أن الفعل إذا كان مأذونا فيه أساسا لأنه من مصلحة الإنسان فإنه قد يمنع منه إذا كان ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر . تحصيلا لأرجح المصلحتين ودفعًا لأشد الضررين (١) .

١٦٥ - تطبيقات قاعدة سد الذرائع :

أ- قبول الهدية فعل مأذون فيه لما يترتب عليها من مصلحة التآلف والتحابب بين الناس ومع ذلك حرمت على الحاكم والقاضى وكل مَنْ يلى وظيفة عامة لأنها ذريعة إلى الجور فى الحكم .

ب- شهادة العدو على عدوه جائزة أصلا لما يترتب عليها من الوصول إلى الحق وإثباته ومع ذلك منعت لأنها قد تكون ذريعة للعدو للنيل من عدوه وإلحاق الضرر به .

جـ - شراء الطعام وتخزينه للبيع بسعرمرتفع فى المستقبل رجاء الربح أمر جائز وتجارة مشروعة أصلاً لما يترتب عليها من مصالح كسب الرزق والقيام على النفس والولد ، ومع ذلك إذا ترتب على هذا الاحتكار الإضرار بمصالح الجماعة والتحكم فى أقواتهم ورفع الأسعار منع من ذلك وكان حراما لأنه يؤدى إلى محرم وهو ضرر الغير ولا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ، ولهذا كان قول النبى ﷺ فى هذا المجال **«لا يحتكر إلا خاطئ»** .

---

(١) انظر المدخل للدكتور حسين حامد ص ٦٨٤ والموافقات للشاطبى جـ٢ ص ٣٦٠ وإعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ١٤٩ - ١٩٥ .

د- الحقوق والحريات والعمل مكفولة للجميع فى الدولة طبقًا لقاعدة الحقوق والواجبات فى الإسلام سواء كان ذلك للمسلمين أو غيرهم ما داموا يخضعون لأحكام التشريع الإسلامى ومع ذلك فإنه يجوز منع الأجانب من الأعمال الهامة التى تتعلق بالمصالح العليا للدولة ، ولا يؤتمن عليها غير الوطنيين وفرض قيود على بعض أصحاب الحرف والأعمال وإن كانوا من رعايا الدولة إذا كان ذلك منعا لذريعة الضرر والفساد فى الدولة .

هـ- الأصل أن الإنسان حرّ فى ملكه يفعل فيه ما شاء ومع ذلك فقد يحرم فيه فعل ما يؤدى إلى إضرار الغير كحفر بئر فى أرض فضاء ولو بغرض المنفعة إذا كان ذلك البئر أو الحفر يؤدى إلى هدم بناء جاره . ولهذا منع الإنسان من إقامته مصنعًا على أرضه إذا كان ذلك فى جهة آهلة بالسكان وكان وجود هذا المصنع ذريعة إلى الإضرار بالصحة العامة أو خطرًا على الصحة العامة .

و- الأصل أن البيع والتجارة مباحان ولكل من البائع والمشترى تحديد السعر الذى يعجبه طبقًا لقاعدة الرضائية فى هذه العقود وأن العقد شريعة المتعاقدين أخذا من قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ . ومع ذلك فقد أجاز المالكية والحنابلة أنه إذا كان سيترتب على ترك هذه الحرية ضرر بالجماعة فلولى الأمر أن يحدد السعر للتجار منعًا للجشع والاستغلال والإضرار بالجماعة (١) .

---

(١) راجع المدخل للدكتور حسين حامد ص ١٨٠ - ١٨٧ .

المقصد السادس

الاستصحاب

١٦٦- **الاستصحاب** معناه إبقاء الحال على ما كـان عليه حتى يقوم الدليل الذى يغيـره فإذا ثبت حكم معين فى الزمـن الماضى فإن هذا الحكم يظل ثابتًـا حتى يقوم الدلـيل على نفيه وإذا انتـفى هذا الحكم بقى منفـيًا حتى يقـوم دليل على ثبوته وقد تفرع على ذلك قواعد استنبطها الفقهاء وهى ما يأتى :

١- الأصل فى الأشياء الإباحة .

٢- الأصل فى العقود والتصرفات الحل والصحة .

٣- الأصل فى الدماء والأعراض والأموال الحرمة .

٤- الأصل براءة الذمة .

٥- اليقين لا يزال بالشك .

١٦٧- **الأصل فى الأشياء الإباحة :**

قامت على ذلك الأصل أدلة كثيرة منها قول الله تعالى ﴿**هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعًا**﴾ وقوله سبـحانه وتعالى: ﴿**وسخر لكم مـا فى السماوات وما فى الأرض جـميعًـا منه**﴾ ومعنـى ذلك جواز الانتفـاع بكل ما خـلقه الله بالنسبة لهذه الأرض وما عليها وتسخيره لمصلحة الإنسان إلا ما ورد النص على المنع منه أخذًا من قوله تعالى : ﴿**قل لا أجد فيما أوحى إلى محرمًا على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دمًا مسـفوحًا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقًا أهل لغير الله به**﴾ .

وهذا يدل على أن الأصل فى الأشياء الحل والإباحة وأن الشارع إذا قصد تحريم شىء نص على تحريمه وما لم يحرمه فـإنه يدخل فى عموم الحلال وهذا يشمل العقود والتصرفات .

ولذلك كان النبى ﷺ ينهى عن كثرة السؤال ما لم يرد نص على تحريمه لأن ذلك يدل على غفلة السائل عن هذا الأصل فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال : **«إن أعظم المسلمين جرمًا من سأل عن شىء لم يحرم فحرم من أجل مسألته»** .

١٦٨ – الأصل فى الدماء والأعراض والأموال الحرمة :

ذلك يؤخذ من مجموع نصوص الشرع وأدلته ، ومن ذلك قول النبى ﷺ فى حجة الوداع **«إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا»** فهذا يدل على أن الدماء والأعراض والأموال مصونة لا تمس ما لم يرد دليل يجيزها .

ومن هذه الأدلة أيضا قوله عليه الصلاة والسلام **«ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم»** فإن هذا يدل على أن الأصل حرمة المساس بجسم الإنسان حتى يقوم دليل على جواز ذلك لارتكابه ما يوجب حدًا أو قصاصًا أو تعزيرًا . ولا تكفى الشبهة فى ذلك لأن قاعدة الأصل فى الدماء والأموال والأبضاع الحرمة ثبتت بأدلة قاطعة فلا تزول إلا بأدلة قاطعة مثلها .

وبناء على ذلك يقرر فقهاء التشريع الإسلامى أن الزوجة لو اختلطت بأجنبيات ولم تعرف من بينهن فإنه لا يحل الزواج من واحدة استصحابا للأصل وهو : أن الأصل فى الإبضاع التحريم .

١٦٩ – الأصل براءة الذمة :

معنى ذلك أن ذمة الإنسان بريئة من الواجبات والحقوق تجاه غيره إلا بدليل وعلى من يدعى شغل ذمة غيره بحق أو دين أن يقدم الدليل على ذلك . وبناء على ذلك إذا ادعى إنسان على آخر دينا فإنه يلتزم بإثبات هذا الدين لأن المدعى عليه يستطيع الاحتجاج بالأصل السابق وهو أن الأصل براءة الذمة .

فإذا عجز المدعى عن إثبات ما ادعاه حكم ببراءة ذمة المدين استدلالاً بهذا الأصل . والدليل على هذا الأصل قول النبى ﷺ **«البينة على المدعى واليمين على من أنكر»** وإذا أقر شخص بأنه مدين لشخص آخر دون أن يحدد مقدار هذا الدين فإن يقبل منه بعد ذلك تحديده بأقل ما يسمى دينا ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على ذلك إلا بدليل ولم يقم الدليل بعد .

١٧٠- اليقين لا يزال بالشك :

معنى ذلك أن ما ثبت بدليل سواء كان ذلك من جهة العقل أو الشرع لا يرتفع إلا بدليل آخر متيقن وعلى ذلك إذا دخل وقت الظهر وشك الشخص هل صلاه أم لا وجب عليه صلاته ، لأن الفريضة قد لزمته شرعًا بدخول الوقت والأصل بقاؤها حتى يتيقن من أدائها.

وإذا أثبت الدائن دينه لزم المدين أداؤه ولا يقبل منه دعوى براءة الذمة إلا بدليل يقدمه من جهته ، لأن الأصل بقاء الدين الذى ثبت بالدليل .

وإذا تيقن الشخص أنه قد تطهر للصلاة ثم شك فى زوال هذه الطهارة فإنه يصلى ولا يجب عليه الطهارة لهذه الصلاة لأن الأصل بقاء ما ثبت باليقين واليقين لايزول بالشك .

والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام **«وإذا شك أحدكم أصلى ثلاثا أم أربعا فيطرح الشك وليبن على ما استيقن»**. فهذا الحديث يفيد أن ما ثبت بالشرع وهو أربع ركعات لا يزول بالشك . ولقد عبر بعض الفقهاء عن ذلك بقولهم : ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله [1] .

والاستصحاب بجميع قواعده حجة شرعية يجب العمل بها فى الفتوى - والقضاء سواء كان فى الجانب الإيجابى والسلبى عند جمهور الفقهاء وبناء على هذا يحكم بحياة المفقود استصحابا للأصل .

---

(١) المدخل للدكتور حسين حامد ص ٢٢٩ .

ويترتب على الحكم بالحياة كل الآثار التى تنشأ عن ذلك . فحقوقه التى كانت له تبقى كما هى ، فلا يرثه غيرهم ولا تطلق زوجته منه ، كما أن جميع الحقوق الجديدة التى تتوافر أسبابها لديه تثبت له كما لو كانت حياته ثابتة بالدليل فإذا مات من يرثه ورث منه ، وإذا أوصى له وأوقف عليه استحق الوصية والوقف.

أما الحنفية والمالكية : فيرون أن الاستصحاب حجة قاصرة على الجانب السلبى فقط . ويترتب على ذلك أن الحقوق الثابتة للمفقود تبقى كما هى لا تزول عنه استصحابا لحياته ، وأما الحقوق الجديدة فلا تثبت له . لأن الشرط فيها حياته ولا بد أن تكون هذه الحياة ثابتة بدليل قطعى لأن الشرط لا بد وأن يكون توافره محققًا ، والحال أن حياته مشكوك فيها .

وعلى ذلك فالمفقود وإن بقيت له حقوقه السابقة قبل فقده كبقاء ملكه فإنه لا تثبت له حقوق جديدة كالإرث من غيره لأن شرط الإرث تحقيق حياة الوارث والمفقود ليست حياته محققة بل محتملة وإن كان الاحتمال راجحًا بناء على أصل الاستصحاب ولهذا أخذ الجمهور بهذا الأصل طبقًا لقاعدة اليقين لا يزول بالشك أو الاحتمال (١) .

---

(١) راجع المدخل للدكتور حسين حامد ص ٢٢٥ - ٢٣٠ ونظرية المصلحة ص ٥٠٩ وما بعدها .

المقصد السابع
شرع من قبلنا

١٧٢- **المقصود** بشرع من قبلنا : الأحكام التى شرعها الله سبحانه وتعالى لمن سبقنا من الأمم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم .

وقد اختلف العلماء فى تلك الأحكام هل تلزمنا وتكون جزءًا من شريعتنا أم لا؟

وقبل ذكر أقوالهم لا بد من تحرير محل الخلاف ، لأن شرع من قبلنا أنواع وبعض الأنواع متفق عليها . وبعضها هو محل الاختلاف ، فلا بد من ذكر هذه الأنواع وبيان ما اختلف فيه من هذه الأنواع فنقول :

النوع الأول : أحكام قصها القرآن أو السنة وقام الدليل من شريعتنا على أنها منسوخة فى حقنا .

النوع الثاني : أحكام جاءت فى القرآن أو فى السنة وقام الدليل من شريعتنا بأن هذه الأحكام مفروضة علينا كما كانت مفروضة على غيرنا من الأمم السابقة كما فى قوله تعالى من سورة البقرة : **﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم﴾**(١) .

النوع الثالث : أحكام لم يرد لها ذكر فى كتابنا ولا فى سنة نبينا ﷺ .

النوع الرابع : أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة ولم يقم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا مثل قوله تعالى : **﴿وكتبنا عليهم فيها**(٢) **أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾**(٣). والنوع الأول والثانى اتفق

---

(١) سورة البقرة ١٨٢ .

(٢) الضمير يعود على التوراة والمعنى وكتبنا على اليهود.

(٣) سورة المائدة الآية ٤٨ .

العلماء فيهما على أن أحكام النوع الأول لا تجب علينا ،والثانى واجبة علينا كما اتفقوا على أن ما لم يرد ذكره فى كتابنا ولا فى سنة نبينا لا يكون شرعا لنا ولا واجب علينا العمل به .

أما النوع الرابع : وهو الخاص بالأحكام التى جاءت بها نصوص الكتاب والسنة ولكن لم يقم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا ، فهو محل الخلاف بين العلماء المسلمين حيث ذهب بعضهم كالحنفية وغيرهم إلى أنه شرع لنا لذكره فى مصادر شريعتنا وذهب البعض الآخر إلى أنه ليس شرعا لنا وهذا هو الراجح لقوله تعالى : ﴿**لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجًا**﴾[1] ومع هذا فإن الخلاف السابق لا يترتب عليه اختلاف فى العمل لأن ما من حكم من أحكام الشرائع السابقة الذى قصه الله أو رسوله علينا إلا وفى شريعتنا مايدل على نسخه أو بقائه فى حقنا سواء جاء دليل النسخ أو الإبقاء فى سياق النص الذى حكى لنا حكم الشرائع السابقة أو جاء ذلك الدليل فى مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة . فمثلا الآية السابقة : ﴿**وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ...**﴾ إلخ . الكل متفق على حكمها ثابت فى حقنا وشرع لنا وإن كان أصحاب من ذهب إلى أن شرع من قبلنا شرع لنا استدل بنفس الآية . ،وأصحاب المذهب الآخر يقول إن وجوب أحكامها علينا ثبت من دليل آخر فى شريعتنا جعله واجبا علينا [2] وعلى كل حال فإن الخلاف لا يترتب عليه أى أثر من الناحية العملية أى التشريعية التطبيقية لأنه خلاف نظرى فقط.

---

(١) ومن ذلك قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ وقوله : ﴿ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانًا فلا يسرف فى القتل﴾ وقوله ﷺ «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما أن يفتدى وإما أن يقتل» وقوله: «العمد قود إلا أن يعفو ولى الدم» . وقوله : «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة» ومن ذلك أيضًا قضاؤه ﷺ بالقصاص فى الجروح كما فى قصة (الربيع بنت القرة) التى كسرت سنا لجارية وحكم النبى بكسر سنها قصاصا .

(٢) انظر المستصفى للغزالى ص ١٣٢ وما بعدها ، الآمدى جـ ٤ / ١٨٦ وما بعدها وتفسير ابن كثير ٢/ ٦٢، والمغنى لابن قدامة ٧/ ٧٠٢ وما بعدها ونيل الأوطار ٧/٧ وأقضية الرسول - ﷺ - لابن فرج المالكى ص ١٢ وما بعدها ، والجنايات فى الإسلام للدكتور حامد محمود إسماعيل ، ومصادر الأحكام الشرعية للدكتور زكريا البرى ، والمدخل لدراسة الشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٠٩ وما بعدها .

المقصد الثامن

مذهب الصحابى

١٧٣- **الصحابى** عند الجمهور من علماء الأصول هو من شاهد النبى ﷺ وآمن به ولازمه مدة تكفى لإطلاق كلمة الصاحب عليه عرفًا ، مثل الخلفاء الراشدين وعبد اللهِ بن مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم ممن آمن بالنبى ﷺ ونصره، وسمع منه واهتدى بهديه .

ولا خلاف بين العلماء فى أن قول الصحابى فيما لا يدرك بالرأى حجة ومصدر للفقه الإسلامى لأن هذا القول منه محمول على السماع من النبى ﷺ فيكون مِنْ قبيل السنة والسنة مصدر التشريع بلا خلاف . والذى لا مجال للرأى فيه هو ما كان متعلقًا بالغيبيات أو العقائد أو بالعبادات أو بالنسب . كما فى قول عائشة رضى الله عنها (لا يمكث الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل) .

ولا خلاف أيضًا بينهم فى أن قول الصحابى الذى حصل عليه الاتفاق حجة ومصدر للتشريع كما فى حكم أبى بكر رضى الله عنه بوجوب توريث الجدة السدس عند عدم الأم . وذلك لأن الإجماع من المصادر التشريعية التى لا خلاف عليها والإجماع لا بد له من مستند أصلى من الكتاب أو من السنة عليها أو من كليهما معًا ولهذا اعتبر البعض الإجماع من الأدلة الأصلية لا من الأدلة التبعية وسواء كان ذلك الإجماع صريحًا أى حصلت الموافقة صراحة بالقول وأجمع عليها بالاتفاق أم كان ذلك الإجماع بالسكوت وعدم الاعتراض على حكم الصحابى أو قوله عند البعض[(١)] كما لا يوجد خلاف أيضًا فى أن قول الصحابى لا يعتبر حجة ملزمة على صحابى مثله لأن الاجتهاد لا ينقض

---

(١) راجع ما سبق تفصيله لنا فى مبحث الإجماع ومقدمه أدلة الأحكام الشرعية من هذا الكتاب (الباب الثالث) .

باجتهاد مثله[1] ولأنه لم يثبت أن أحـدًا من الصحابة قد ألزم أحـدًا غيره من الصحابة بوجوب العمل بما ذهب إليه .

أما قـول الصحابـى الذى حصل فيـه خلاف حول اعـتباره مـن مصادر الفـقه الإسلامى أو عدم اعتباره فهو القول الصادر عن رأى واجتهاد للصحابى بالنسبة لمن بعد أتى بعد الصحابة رضوان الله عليـهم سواء كان ذلك فى عصر التابعين أو فى عصر من بعدهم إلى وقتنا هذا .

فذهب البعض إلى : أن قول الصحابى حجة يجب اتباعها وللمجتهد أن يتخير من أقـوال الصحـابة ما يراه أقـرب إلى الكتـاب والسنة وهو قـول أبى سعـيد البردعى من الحنفية «كما فى كشف الأسرار للنسفى ٢/ ١٧٤ ط ١ بيروت .

وذهب البعض الآخر إلى أن قوله ليس بـحجة وللمجـتهد أن يجتهـد ويأخذ بمقتضى اجتهـاده وإن كان نتيجة اجتهاده عكس ما قـال به الصحابى أو أفتى به وهو قول أبى حنيفة وأصحابه وجمهور علماء المذهب (٢) .

واحتج الفـريق الأول بأن احتمال الصواب فـيما اجتهـد فيه الصحابـة أكثر من احتمالـه بالنسبة لغير الصـحابى ، لأن الصحابة شاهدوا التنـزيل ووقفوا على أسرار التشريع ولازموا النبى ﷺ ملازمة طويلة أكسـبتهم ذوقًا فقهيًا ، وكانت عندهم معـرفة واسعة بالكتاب وبأسـرار اللغة العربية وكـل هذا يجعل لآرائهم منزلة أكـبر من آراء غـيرهم ويجـعل اجتهـادهم أقرب للصـواب من اجتـهاد غيرهم.[2]

واحتج الفريق الآخر : بأننا ملزمون باتبـاع الكتاب والسنة وما أرشدت إليه من مصـادر وليس قول الصحـابى واحدًا من هذه المصـادر . وبأن قول الصـحابى بالرأى اجتـهادًا والاجتهـاد بالرأى متاح لـلجميع لكل من حـصل عنده أدوات

---

(١) سيأتى تفصيل ذلك فى قاعدة (الاجتهاد لا ينقض بمثله) فى المبحث الخاص بالقواعد الفقهية .

(٢) كشف الأسرار ٢/ ١٧٣ وما بعدها . والتلويح على التوضيح مع شرحه ١٧/٢ طبعة صبيح .

الاجتهاد بلا تفريق بين أهل زمن وزمن للنص التشريعي الصريح الذي ورد في ذلك ولم يثبت فسخه بالاتفاق وهو حديث : «من اجتهد فأصاب فله أجران ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد» والنص عام ولم يثبت دليل على خصوصيته بالاتفاق .

ونحن نميل لترجيح هذا القول الأخير وهو أن مذهب الصحابي ليس ملزمًا لنا وإن كنا نميل إلى ترجيح الأخذ به حيث لا حكم للمسألة في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع أو مصادر الفقه الأخرى التي سبق بيانها على وجه الإرشاد والتوجيه لا الإيجاب والإلزام(١) .

(١) راجع في هذا المبحث : أعلام الموقعين لابن القيم ، والمستصفى للغزالي ، وإرشاد الفحول للشوكاني ، والمدخل للشريعة للدكتور عبد الكريم زيدان و كشف الأسرار للنسفي ٢/ ١٧٢ - ١٧٧ .

المقصد التاسع
العرف

١٧٤- **والعرف** هو ما استقر فى النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول فعلا كان أو قولا دون معارضة لنص أو إجماع سابق . ولذا فإن الحكم فى المسألة الواحدة قد يختلف تبعًا للعرف الصحيح المعتبر شرعًا من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان .

ولا يشترط فى تكوين العرف عند فقهاء المسلمين سوى الاعتياد الناشئ من تكرار الممارسة ما دام أن النفوس والعقول تلقته بالقبول والرضا ولا يشترط قدمه ولا اعتقاد بأنه ملزم شرعًا وهو بهذا لا يخرج عن كونه عادة جماعية .

١٧٥- الفرق بين العرف والإجماع :

يفترق العرف عن الإجماع من وجهين : من ناحية الحقيقة ، ومن ناحية الحكم.

أما من ناحية الحقيقة فإن الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين خاصة ، فلا عبرة بموافقة غير المجتهدين من جمهور الأمة أو بمخالفتهم .

أما العرف : فإنه يتحقق باعتبار جمهور الناس كلهم أو أغلبهم سواء كان بينهم مجتهد أم لم يكن .

وأما من حيث الحكم : فإن الإجماع حجة على جميع الناس المجمعين وغيرهم فى زمانهم وفى الأزمنة اللاحقة ، أما العرف فحجيته قاصرة على من تعارفوا عليه دون من لم يتعارفوا عليه من معاصريهم أو ممن يأتون من بعدهم .

١٧٦- أقسام العرف :

ينقسم العرف إلى أربعة أنواع :

١- عرف قولى.

٢- عرف عملى .

٣- عرف عام .

٤- عرف خاص .

١- العرف القولى :

هو اطراد استعمال الناس اللفظ أو كلام فى غير معناه الذى وضع له فى اللغة أو فى أخص من ذلك المعنى بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند الكلام سوى المعنى الذى جرى على استعماله فيه . ومثاله تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الابن دون البنت مع أنه فى اللغة يشملهما جميعًا إذ المراد منه المولود الذي يصدق على المذكر والمؤنث على حد سواء وقد استعمل المعنى اللغوى فى القرآن الكريم فى قوله سبحانه وتعالى **﴿يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾** .

ومثاله كذلك تعارف الناس على إطلاق لفظ اللحم على لحوم الحيوان دون لحوم الطيور والأسماك ، مع أنه فى اللغة يشمل الجميع لقول الله تعالى : **﴿وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا﴾**[(١)] .

وبناء على تعارف الناس على هذا لو أوصى رجل لأولاده ولم تقم قرينة على إرادته البنات مع الأبناء اقتصرت الوصية على الذكور خاصة . ولو حلف لا يأكل لحمًا لم يحنث إذا أكل الطيور والأسماك .

٢- العرف العملى :

وهو كل ما اعتاده الناس وألفوه من عمل أو تصرف مثل تعارفهم البيع بالتعاطى فى بعض الأشياء دون التلفظ بالإيجاب أو القبول ومثل تعارفهم تقديم جزء من المهر عند العقد قبل الدخول بالزوجة وتأجيل باقيه إلى أقرب

---

(١) سورة النحل الآية ١٤ .

الأجلين الطلاق أو الموت ، وكتعارفهم على دفع الأجرة مقدما قبل استيفاء المنفعة المعقود عليها كدفع الإيجار مقدما فى عقد الإجارة .

٣- العرف العام :

وهو كل ما اعتاده أهل البلاد الإسلامية كلها خاصتهم وعامتهم فى زمن من الأزمنة مثل الاستصناع ، فإن المسلمين فى جميع البلاد قد جرى تعارفهم عليه. وقد اتفق الأحناف على حجة العرف العام وصلاحيته لتخصيص النص العام وتقييد المطلق وتقديمه على القياس .

٤- العرف الخاص :

هو ما اعتاده أهل بلد معين أو طائفة معينة ، ذلك مثل ما كان يتعارفه أهل العراق من إطلاق لفظ الدابة على الفرس خاصة ، ومثل عرف التجار فيما يكون عيبا ينقص به الثمن ويرد به المبيع ، وكتعارف التجار بالاكتفاء فى إثبات ديونهم على عملائهم بتقييدها فى سجلاتهم دون إشهاد عليها ودون أخذ إيصالات بها . ويكون ذلك حجة فى خصوص الديون التجارية ويشترط فى كونه حجة ملزمة ألا يكون هناك نص عام أو مطلق أو كان على خلاف القياس الصحيح كما يذهب أكثر الفقهاء وخاصة الأحناف .

١٧٧- العرف الصحيح والعرف الفاسد :

العرف الصحيح هو ألا يخالف حكما شرعيا ثابتا ولا قاعدة أساسية ولا نصا وهذا هو الذى اعتبره الفقهاء فى بناء الأحكام عليه .

أما العرف الفاسد فهو الذى يعطل النصوص أو يخالف القواعد الشرعية الأساسية كتعارف المسلمين على شرب الخمور أو الاتجار فيها أو تعارف النساء المسلمات على ارتداء الثياب التى تكشف عوراتهن ونحو ذلك من الأعراف الفاسدة التى انتقلت إلى المجتمع الإسلامى من بلاد الغرب المسيحى . وهذا

العرف لا يعتد به ولا تبنى عليه أحكام بل يجب مقاومته والقضاء عليه والنهى عنه .

١٧٨- دليل العمل بالعرف :

ودليل ذلك هو قواعد الشريعة العامة ومراعاة مصالح الناس والتيسير ورفع الحرج والمشقة عنهم ، لأن إرغام الناس على ترك ما تعارفوا عليه فيه كثير من العنت والمشقة والحرج بالنسبة لهم فلذلك وجب إقرارهم على ما تعارفوا عليه. وهناك كثير من الآيات والأحاديث الدالة على رفع هذا الحرج كقوله تعالى ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾ وقول رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وغير ذلك . وقد أقر النبى ﷺ بعض الأعراف الصالحة قبل الإسلام كالسّلَم والقسامة . وفى ذلك دليل على إقرار العرف والعمل به كحجة شرعية عند الأخذ بالأحكام التشريعية فى الإسلام .

١٧٩- نطاق العمل بالعرف :

يعمل بالعرف فيما كان للرأى فيه مجال بما لا يتعارض مع النص أو القياس أو الإجماع أو القاعدة العامة وكان فيه مصلحة للناس مع ملاحظة أنه لا يطبق فى أمور العبادات لأنه لا اجتهاد فيها ، ولا فى الحدود والقصاص . وما عدا ذلك يمكن إعمال العرف فيه .

وبناء على ذلك ، لو تعارف أهل بلد إسلامى على صلاة زائدة على الصلوات الخمس المفروضة وسننها فذلك العرف لا يجعلها مطلوبة لا واجبة ولا مندوبة وإذا جرى عرف بلد إسلامى على إقامة حد من الحدود فى حال دون حال بدون دليل من كتاب أو سنة أو إجماع فلا عبرة بهذا العرف ولا يعتد به .

١٨٠- وشروط اعتبار العرف والعمل به :

١- أن يكون عاما شائعا سواء كان بين الجميع أو الجمهور أو بلد معين أو طائفة معينة كالتجار مثلا أو الزراع .

٢- أن يكون مقارنا لنشوء الحادثة المراد تحكيم العرف فيها ، حيث لا عبرة بالعرف القديم الذى هجر وترك قبل أن تنشأ الحادثة ولا بالعرف الناشئ بعدها.

وعلى هذا لو تزوج رجل بامرأة على صداق (مهر) معين ولم يثبتا فى العقد ما إذا كان معجلا كله أو مؤجلا كله أو بعضه معجل وباقيه مؤجل ثم وفّاها بعضه وطلبها للدخول فى طاعته على أساس أن ما وفاها به هو فى حدود ما جرى العرف على تعجيله وامتنعت هى على أساس أن العرف قد جرى على تعجيل المهر كله وكان العرف وقت العقد غيره عند وقوع المنازعة وكلاهما يختلف عن عرف سابق قبل العقد لم يعمل به فإن الذى يحكم هذه المنازعة هو العرف الذى كان قائما وقت إبرام العقد .

٣- ألا يعارض العرف نصًا صريحًا بخلافه :

لأن العرف مراد ضمنى لا يعارض النص الصريح . وعلى هذا لو أن رجلا أوصى لأولاده وكان له أبناء ذكور وبنات وذكر فى وصيته أن الموصى به يوزع بالسوية بين الأبناء والبنات علم يقينًا بأن المراد المعنى اللغوى لا العرفى .

وإذا اشترطت المرأة على زوجها صراحة عند العقد أن يعجل لها المهر كله فلا يلزمها الدخول فى طاعته إذا ما وفاها منه ما جرى به العرف بتعجيله لأن بالشرط الصريح سقط اعتبار العرف فى حقهما .

٤- ألا يكون العرف معطلاً لنص يتضمن حكمًا ثابتًا :

ولا مناقضًا لقاعدة شرعية أساسية ولا متعارضًا مع مصلحة عامة للمسلمين كما فى تعارف بعض المسلمين على تعاطى الخمور لأنه معطل للنص الثابت فى القرآن والسنة والإجماع .

وإذا خالف العرف قاعدة شرعية أساسية ، كما لو تعارف أهل قطر أو بلد على الانتحار عند الإصابة بمرض مزمن ميئوس من شفائه فإنه يكون عرفًا فاسدًا يجب مقاومته وعدم العمل به لأنه يتعارض مع قاعدة وجوب المحافظة على النفس وهى قاعدة أساسية ثابتة معلومة من الدين بالضرورة[1].

---

(١) راجع : العرف فى المدخل للدكتور محمد الحسينى ص ٥٣ وما بعدها والأشباه والنظائر لابن نجيم طبعة الحلبى سنة ١٩٦٨ ص ٩٤ - ١٠٤ - والعرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبو سنة مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧ .

الباب الرابع
أهم القواعد والنظريات الفقهية
المبحث الأول
(القواعد الفقهية العامة)

١٨١- **القواعد الفقهية** هي القواعد الكلية أو الأكثرية التى تحكم الفروع الفقهية المتشابهة ، وهى من قبيل الأحكام الفقهية لا الأحكام الأصولية إذ هى وإن كانت كلية إلا أن موضوعها هو فعل المكلف . فقاعدة (لا ثواب إلا بالنية) مثلا هى حكم على فعل المكلف بأنه لا يستحق عليه الثواب إلا إذا كان قد نوى به القربة ، وهذا بخلاف الأحكام الأصولية والتى تعرف بالقواعد الأصولية فإن موضوعها هو الدليل الشرعى وأحواله والأحكام وأحوالها .

ولما كانت القواعد الفقهية لا تخرج عن كونها أحكاما فقهية فقد أطلق عليها القواعد الفقهية تفريقا لها عن الأحكام الفقهية الجزئية الخاصة التى تندرج تحت هذه القواعد العامة .

والقواعد الفقهية منها ما هو أصل فى ذاته لا يتفرع عن قاعدة فقهية أخرى ، ومنها ما هو متفرع عن غيره . وقد خص النوع الأول باسم القواعد الفقهية العامة وسمى النوع الثانى بالقواعد الفقهية الكلية لأنها تندرج تحت القاعدة الفقهية العامة ولأنه يتخرج تحتها فروع فقهية كثيرة لا حصر لها فى نطاق موضوعها .

وهذه القواعد جاءت فى كتب فقهائنا القدامى والسابقين مختلطة بما أوردوه من أحكام فقهية جزئية على سبيل التعليل لها ، والبعض الآخر منهم وخاصة المتأخرين من الفقهاء القدامى استنبط هذه القواعد من بين الفروع الفقهية المتشابهة الواردة فى موضوعات متفرعة وقد ألف فيها بعضهم كتبًا مستقلة وأفردوها بالبحث والدراسة . ومن أبرز هؤلاء العلماء (الحافظ عبد الرحمن بن

رجب الحنبلى) المتوفى سنة ٧٩٥ هـ صاحب (القواعد) المشهور فى الفقه الحنبلى . ومنهم : جلال الدين السيوطى الشافعى المتوفى سنة ٩١١ هـ وله كتاب الأشباه والنظائر فى الفقه . ومنهم : جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوى الشافعى المتوفى سنة ٧٧٢ هـ صاحب نهاية السول فى الأصول المشهور وله فى ذلك كتاب التمهيد فى تخرج الفروع على الأصول ، وكتاب الأشباه والنظائر وكتاب الفروق الفقهية .

١٨٢- القواعد الفقهية والنظريات العامة :

القواعد الفقهية العامة تقابل ما يطلق عليه رجال القانون الوضعى (النظريات العامة) ذلك أنه بالنظر السريع إلى كل منهما فى مضمونه يتبين لنا أنه عبارة عن الأساس الذى تقوم عليه الأحكام التفصيلية للموضوعات المتشابهة . لكن عند التحقيق يلاحظ أن القواعد الفقهية التى استنبطها الفقهاء القدامى فى مضمونها ذات نطاق محدود فبعض تلك القواعد ينحصر فى مجال العبادات كما فى قاعدة (لا ثواب إلا بالنية) وبعضها ينحصر فى نطاق العقود ، بينما نجد أن النظرية العامة فى القانون تحكم القاعدة القانونية التى تدخل فى نطاقها أيا كان انتماؤها . فالنظرية التى تتعلق بانطباق القاعدة القانونية من حيث الزمان والتى تقضى بأن انطباقها إنما يكون فى وقت لاحق لصدورها وهى ما يعبر عنه بعدم رجعية القوانين تنطبق على سائر القواعد القانونية سواء كانت مدنية أم جنائية إلا ما كان هناك وجه لاستثنائه منها ، والاستثناءات عادة تكون من بناء النظرية .

وهذا هو الفرق بين القواعد الفقهية والنظريات العامة ، ومن هنا كانت القواعد الأصولية التى تتعلق بالأحكام وتقسيماتها ونطاق سريانها من حيث الزمان والمكان والأشخاص هى ما يمكن أن يطلق عليها ما يقابل النظريات العامة فى القانون الوضعى من الوجهة الفقهية القانونية الاصطلاحية من جميع الوجوه وإن اختلفتا من الناحية التطبيقية ومن جهة الفروع تبعًا لاختلافهما من حيث المنشأ والمصدر والهدف .

ومن هذا يتبين لنا أن وضع القواعد الفقهية هى مرحلة وسطى بين الحلول الجزئية وبناء النظريات العامة . وقد وقفت جهود علماء الفقه فى دراسة القواعد الفقهية عند الحد الذى وصل إليه أصحاب القواعد الفقهية السابقة ولو أن الجهود فى هذا اتصلت لأمكن أن يؤدى ذلك فى النهاية إلى الكشف التام عن النظرية العامة للفقه الإسلامى . ومن هنا كانت الحاجة ماسة لتعريف هذه القواعد على وجه الإجمال ولفت النظر إليها لأن دراستنا هنا دراسة عامة لا متخصصة فى موضوع معين . ونحن نرى من فقهائنا المحدثين مجهوداً عظيماً فى هذا الميدان والبعض منهم خاض فى مجال النظريات المختلفة كنظرية الحق والواجب ونظرية العقد ، ونحن معهم على الدرب نسير بإذن الله تعالى وعونه.

أهم القواعد الفقهية

١٨٣- وأهم هذه القواعد الفقهية هو ما يأتى :

١- الأصل فى الأشياء الإباحة .

٢- الأصل فى العقود والتصرفات الحل والصحة .

٣- الأصل براءة الذمة .

٤- الأصل فى الدماء والأعراض والأموال الحرمة .

٥- اليقين لا يزول بالشك .

٦- لا ثواب إلا بالنية .

٧- الأمور بمقاصدها .

٨- الضرر يزال .

٩- الاجتهاد لا ينقض بمثله .

١٠- التابع تابع .

١١- إعمال الكلام أولى من إهماله .

١٢- الخراج بالضمان .

١٣- لا ينسب إلى ساكت قول .

وقد سبق أن تكلمنا عن القواعد الخمس الأولى عند الكلام عن الاستصحاب أما القاعدة السادسة فإنها فى مجال العبادات ، وقد رأينا أننا لسنا فى حاجة إليها من حيث إن مجال دراستنا يتعلق بالمعاملات الآن .

ومن هنا فإننا سنقتصر على بيان القاعدة الخامسة من حيث زيادة الإيضاح والتفصيل ثم القاعدة السابعة وما بعدها فى المقاصد التالية بعد .

المقصد الأول

قاعدة الأمور بمقاصدها

١٨١- **معنى** هذه القاعدة أن الحكم الذى يترتب على أمر ما ينشأ عن فعل المكلف أو قوله إنما يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر ، وهى تتعلق بكل الأفعال أو الأمور التكليفية المنهى عنها فى التشريع الإسلامى . وزيادة فى الإيضاح نقول : إن ترك الإنسان للمحرمات المنهى عنها إن كان ذلك امتثالا منه للنهى الوارد فى التشريع أثيب على هذا الترك . أما إن كان الترك يتعلق بطبيعة أو استقذار لهذا الشيء بدون النظر إلى الأمر الناهى عن فعله كان ذلك أمرًا عاديًا وطبيعة بشرية لا ثواب عليها . فمثلا أكل الميتة فى غير ضرورة الرخصة حرام ورد النص التشريعى بتحريم الأكل منها والنهى عن فعل ذلك بحيث يترتب على مخالفة النص عقوبة دنيوية وأخروية وذلك النص هو قوله سبحانه وتعالى : **﴿حُرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾** . . . إلى آخر الآية .

فإذا انتهى الإنسان عن هذا الفعل رجاء أنه يلتزم النص ويطبق ما ورد بشأنه أثيب على الترك من الله سبحانه وتعالى وكان ذلك له حسنة تضاف إلى حسناته عند الله . أما إذا ترك الإنسان الأكل من الميتة لأن نفسه تعافها واستقذارًا لها لكونها ميتة بدون النظر إلى ما ورد بشأنها من تحريم بمعنى أنه لو لم يستقذرها لأكل منها فإنه لا ثواب له على هذا الترك .

١٨٥- **ومفهوم** هذه القاعدة أن النوايا القلبية المجردة التى لا تقترن بظاهر يفصح عنها من قول أو فعل لا يترتب عليها حكم شرعى دنيوى لأن القاعدة بمنطوقها إنما تربط الحكم بالأمور الظاهرة من الأقوال أو الأفعال وإن كانت قد جعلت تحديده منوطًا بالنية والقصد من وراء تلك الأمور . ويتفرع على ذلك :

١- أن من باع أو طلق زوجته بقلبه دون أن ينطق بلسانه لا يحكم عليه ببيع أو طلاق وإن صرح أنه كان قد نوى ذلك .

٢- من اشترى عقاراً بقصد وقفه لا يصير واقفا له إلا بعد أن تصدر عنه عبارة الوقف وهى قوله أوقفت هذا المال على الفقراء والمساكين أو على الجمعيات الخيرية وما شابه ذلك .

٣- الوديع إذا أخذ الوديعة بقصد استهلاكها ثم أرجعها إلى موضعها دون أن يفعل ما قصده منها فتلفت بعد ذلك ، أى بعد أن أرجعها إلى مكانها وأوصلها بلا تعد منه ولا تقصير فى الحفظ لا يضمن .

٤- من نوى غصب مال شخص ولم يغصبه وتلف ذلك المال فى يد صاحبه لم يعد غاصباً له بمجرد نية غصبه ولا ضمان عليه وإن صرح بأنه كان قد نوى ذلك .

١٨٠- ومن الواجب ملاحظته فى هذا الشأن أنه عند صدور أمر من الأمور عن شخص ما فإنه لا يبحث عن نيته عند فعله ولا عن قصده الذى يهدف إلى تحقيقه به وترتيب الحكم الذى ينوى بناء على تلك النية وذلك القصد إلا حيث يكون ذلك الأمر مما يمكن أن تتعدد النوايا والقصود فيه ، وتختلف .

أما حيث لا يكون محتملا إلاّ مقصداً واحداً فإنه لا يكون هناك ما يدعو للبحث عن النية والقصد بل إنه لا يقبل من القائل أو الفاعل ادعاء نية العكس، لأن هذا الادعاء يتلخص فى أنه رغبة فى التخلص من الآثار التى تترتب على قوله أو فعله ، وهو طريق ينبغى أن يسد على من يريد أن يسلكه.

ومن هنا كانت الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية من حيث بناء الحكم الدنيوى عليها ويترتب على اللفظ الصريح آثاره ، ولو ادعى من صدر منه أنه لم يقصد التلفظ به أو أنه لم يرد منه ترتيب آثاره عليه .

فمثلا من قال لغيره : بعت لك هذه السلعة بمبلغ كذا فقال الآخر قبلت العقد وكان ذلك بيعاً يترتب عليه آثاره بالنسبة للبائع والمشترى وتطبق عليه أحكام البيع والشراء ولا يقبل من البائع ادعاؤه أنه أراد بيع منافع السلعة أى إجارتها

وغير ذلك من التأويلات التى يوردها للتخلص من آثار قوله .

وأيضا الأقـوال التى يترتب على أدائهـا صريحة عـقوبة ما كالنـسب أو القذف عوقب الشخص ولا نظر إلـى ما يدعيه بأنه لم يقصد الإيذاء . فـمثلا إذا قال إنسان لآخر يا زانى أو يـا فاسق أو يا ابن الزانية ، كان قولـه هذا قذفا يوجب عليه الحكم بمقتضاه وهو الجلد ثمـانون جلدة ، ولم يقبل ادعاؤه بأنه لم يقصد رميه بالزنا لغة أى قصده بأنه ينظر إلى محـرمات غيره والنظر يعتبر زنا لحديث «العيـنان تزنيان» لأن هذا الـقصد أمـر خفى لا نطلع عـليه ومن هنا كـان بناء الأحكام على حـقائق الأشـياء والألفـاظ حتى تكون الأحكـام والقواعد ثـابتة ومستقرة ومعروفة للجميع .

وكذلك الأفعـال التى لا تحتمل إلا قصداً واحـداً تعتبر كالألفاظ الـصريحة فى عدم الالتفات إلى نية الفاعل ولا إلى ما يدعيه من ذلك القصد الذى كان يريده كالقتل والسرقة ، فمن قتل شخصًا بـآلة تقتل غالبًا مع تعمد الفعل وكأنه طعن شخص آخر فـى رقبته بخنجـر لا يستعمل عادة إلا فـى القتل (كالجنبيـة مثلا) فقتله اعتبر قاتلا ولو زعم أنه كان يقصد مداعبته أو إرهابه أو نحو ذلك .

ومن ضبط فى منزل غيره من غير إذن صـاحبه وبدون عذر واضح مقبول وهو يحمل متاعا منه أو مالا اعتبـر سارقا ولو ادعى أنه كان لا يقصد السرقة أو أنه أراد حماية المال فى مكان آخر أمين لأنه علم أو ظن أن المال سيتلف لأن حريقًا سيشب فى المنزل بعد قليل .

على أن ما كان من الألفاظ صريحًا ولكنه كـان يحتمل الدلالة على غير المعنى المشتهر استعماله فيه لغة فإن نية المعنى الآخر له تؤثر فى عدم ترتيب آثاره عليه ديانة ولكن لا تأثير لهـا قضاء ، فمن قال لامرأته أنت طالـق من كل قيد يريد بذلك إطلاق حرية التصرف ، لا يقع طلاقه ديـانة أى فيما بينه وبين الله تعالى ويقع قضاء بمعنـى أنه لو عرض على القاضى لحكم وقوعه ولا يـلتفت إلى نية الزوج .

وكذا لو كان قد أراد النطق بلفظ آخر غير لـفظ الطلاق فسبقه لسانه إلى النطق

دون قصد لا يقع طلاقه ديانة ويقع قضاء ، أما لو تلفظ بالطلاق هازلا وقع طلاقه ديانة وقضاء لأن الشارع الإسلامى قرر أن هزل الطلاق كجده لأنه لا يحتمل الهزل لخطره وعظم شأنه ، وكذا الزواج والرجعة واليمين والردة ، فلو قال : إنه يهودى أو نصرانى هازلا صار مرتداً .

أما الألفاظ غير الصريحة والأفعال التى تمارس لأغراض متعددة فإن حكمها يختلف باختلاف قصد المتلفظ بها أو الفاعل لها ، ومن هذا القبيل استعمال صيغة المضارع غير المقرون بما يمحضه للاستقبال ، كالسين وسوف فى العقود ، إذا أراد بها قائلها الحال انعقد العقد بعبارته وإذا قال نويت بها المستقبل كانت عبارته مجرد وعد ، وذلك كقول القائل أبيع وأشتري .

ومن هذا القبيل أيضًا كنايات الطلاق فلو قال رجل لامرأته أنت محلولة من قيدك كان ذلك يحتمل أنها محلولة من قيد الزواج أى أنها طالق كما يحتمل أنها فى حل لجميع تصرفاتها وشئونها الشخصية أو المنزلية أو الزوجية وغير ذلك ويقبل تفسير نية الزوج فى ذلك ويعمل به قضاء .

ومن هذا القبيل فى مجال الأفعال ما لو نصب إنسان فخا فوقع فيه صيد ، إن كان قد نصبه من أجل الصيد صار الصيد مملوكا له إن وقع فيه وعُدّ آخذه بغير إذنه غاصبا ، وإن كان قد نصبه لتجفيفه بعد غسله لم يعد مالكا للصيد الذى يقع فيه ومن أخذه يكون حائزاً لمباح والقرائن هى التى تحدد ذلك .

ولو وجد لقطة فأخذها إن كان أخذه لها بقصد تملكها كان غاصبًا ولو تلفت فى يده كان ضامنا لها . وإن كان قد أخذها ليسلمها إلى صاحبها أو ليسلمها للشرطة لتقوم بتسليمها لصاحبها كان أمينًا عليها ولو تلفت فى يده قبل تسليمها من غير تعد منه ولا تقصير لم يكن ضامنا ، ويقبل تفسيره لقصده فى ذلك بالقرائن التى تؤيده فى قوله وتفسيره .

وإذا تلفظ شخص بصيغة عقد وأراد منها عقدًا آخر اعتبرت نيته فى ذلك وقبل تفسيره إن كان اللفظ يحتمل العقدين معًا وقامت القرائن الدالة على إرادته .

ومن هذا القبيل عقد الزواج بلفظ البيع أو الهبة أو التحليل عند الأحناف إذا فهم الشهود أن المراد منها الزواج ، وكذا عقد الإجارة بلفظ بيع المنفعة ونحو ذلك . ويعبر الفقهاء عن ذلك أحيانًا بأن العبرة فى العقود بالمقصود والمعانى لا بالألفاظ والمبانى ، وبنُوا على ذلك أن بيع الوفاء وهو البيع الذي يشترط فيه البائع أنه إذا أوفى الثمن فى مدة كهذا فلا يبيع بينهما يعتبر رهنا . إذ المقصود منه ليس تمليك المشترى المبيع ولكن تأمين دينه الذى فى ذمة البائع وهذا هو معنى الرهن ، فتجرى عليه أحكامه والقرائن هى التى تبين المراد عند التفسير .

وكذلك أيضًا لو اشترى شخص ما شيئًا بالأجل ودفع إلى البائع شيئًا مملوكا له أمانة فهو رهن . ولو أحال بدينه على شخص آخر مع بقاء ذمته مشغولة بالدين فهو عند الأحناف كفالة إن قبلها المحال عليه ، لأن الحوالة عندهم نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى . ولو أعاره نقودًا فهو قرض وليس بإعارة إذ لا يمكن الانتفاع بالنقود إلا باستهلاكها ورد مثلها وهلاك العين يفسد العارية .

٤- لو دفع إنسان لآخر مالا ثم ادعى أنه قرض وادعى الآخذ أنه مضاربة فالقول قول الآخذ بيمينه لأن الأصل عدم الضمان والفرض يوجب الضمان .

٥- إذا طالبت امرأة بنفقتها المحكوم بها على زوجها بحكم قضائى فادعى الزوج أنه أرسلها إليها وأنها أخذت نفقتها ولم يكن لأحدهما بينة فالقول قول المرأة مع يمينها لأن الأصل عدم الإرسال .

٦- إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قبل موته فادعت المرأة أنه طلقها فى مرض موته وأنها لذلك تستحق فى الإرث من تركته وادعى الورثة أنها طلقت فى صحته وقبل مرض موته فهو ليس بضار ولذلك لا تستحق فى الميراث ولم يكن مع أى منهم بينه فالقول قول المرأة مع يمينها ، لأن الأمر الحادث المختلف على زمن وقوعه هنا هو الطلاق فيجب أن يضاف إلى الوقت الأقرب وهو مرض الموت الذى تدعيه الزوجة ما لم يقدم الورثة الدليل على عكس ذلك .

٧- لو ادعى من له خيار الشرط فى البيع بعد مضى مدته أنه فسخ العقد أثناء

المدة وادعى الطرف الآخـر أن الفسخ بعـد مضيهـا فالبيع لازم ، فـإذا لم يكن لهما بينه فـالقول قول من ادعى عدم الفسخ وهو اللزوم مـع يمينه ، لأنه ينبغى إضافة الفسخ إلى أقرب وقت وهو بعد مضى مدة الخيار .

٨- لو طلق الرجل امرأته طلاقًا رجعيًا فادعى بعـد انتهاء عدتها أنه راجعها فى أثناء العدة وادعت أنه راجعها بعد انتهائها فالقول قول المرأة مع يمينها .

٩- إذا ادعى الوكيل بـالبيع بعد ما عـزل من الوكالة أنه باع وسلم قـبل العزل وادعى الموكل أنه باع وسلم بعد العزل ، فإن كان البيع قائما فالقول قول الموكل مع يمينه لأنه ينكر الضمان والأصل عدم الضمان .

وهناك تفريعـات كثيرة لا تقع تحت الحـصر وقواعد كليـة أخرى تقع تحت هذه القاعدة العامـة، وإن كانت جميعها تدخل تحت الدلـيل الكلى العام الأصولى وهو «استصحاب الأصل» فقد سبق بيانه وتوضيحه .

المقصد الثانى
قاعدة اليقين لا يزول بالشك

١٨٧- **اليقين** هو الجزم بثبوت الشيء أو عدم ثبوته ، والشك هو التردد بين الثبوت وعدمه والظن الغالب الذى يجعل الشيء من جهة الثبوت أو النفى قريب من اليقين يأخذ حكم اليقين شرعًا . ومعنى هذه القاعدة أن اليقين الثابت أو مافى حكمه وهو الظن الغالب لا يرتفع بالشك الطارئ على خلافه ، ولا يرتفع إلا بيقين مخالف له أو بظن غالب .

والدليل على ذلك ما رواه مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعًا «إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا ، فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحًا».

١٨٨- **ومن الأحكام التطبيقية على هذه القاعدة ما يأتى :**

١- إذا فقد شخص بأن غاب غيبة لا تعرف معها حياته أو موته لم يكن لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته أو يحكم القاضى بموته بعد أن غلب على ظنه أنه مات بأدلة قوية ترجح هذا الظن وتقربه من اليقين كافتقاده بعد حالة حرب أو وباء أو زلزال مدمر مثلا ، ذلك لأن حياته قبل فقده كانت ثابتة بيقين وبفقده وقع الشك فيها فلا يرفع هذا الشك الطارئ حكم اليقين .

٢- إذا أقر شخص يصح منه الإقرار لآخر قائلا : أظن أن لك بذمتى مبلغ كذا، أو يقول أمام آخرين أظن أو أشك أن لفلان ابن فلان مبلغ كذا من المال بذمتى لم أؤده إليه فإنه لا يترتب على إقراره هذا ثبوت الدين بذمته لغيره وذلك لأن ذمته كانت بريئة قبل هذا الإقرار بيقين، وما أفاد هذا الإقرار سوى مجرد الظن الذى هو بمثابة الشك ، فلا يرفع حكم اليقين الثابت .

٣- لو اشترك شخص مع آخر فى تجارة فادعى شريكه عدم الربح وادعى هو الربح ولم يكن لهما بينه ، فالقول هو قول منكر الربح مع يمينه لأن الأصل عدم الربح ومن أراد المزيد فليرجع إليها فى محلها فى كتب الأصول ، وكتب القواعد الفقهية والأشباه لابن نجيم وغير ذلك .

المقصد الثالث

قاعدة الضرر يزال

١٨٩- **مفهوم** هذه القاعدة أن الإنسان لا ينبغى الإضـرار به سواء كان من نفسه أو من غيره ولا ينبغى له إلحاق الضرر بغيره .

وقد أخذ الفقهاء القاعدة ودليلها من قوله ﷺ فما روى عنه من جهات متعددة **«لا ضرر ولا ضرار»** .

١٩٠- **ويتفرع** على هذه القاعدة كثير من فروع الأحكام الفقهية منها الخيارات فى عقود البيع والحجر على الإنسان ، والشـفعة للشريك أو الجار ، والقصاص ، والحد ، والتعزير ، وتقييد حرية الإنسان فى ملكه أو منفعته بما لا يضر بالغير.

١- أما الخيارات بجميع أنواعها فقد شرعت لرفع الضرر فمثلاً خيار الشرط فى عقد البيع يـرفع الضرر الذى يمكن أن يلحق بمن ليست له خبـرة فى أمور البيع أو الشراء يتـرتب عليها غـبنه . وخيار الرؤيـة فيه دفع الضرر الـناتج عن كون السلعة لا تنطبق عليها الأوصاف الواردة فى العقد ولا يرضى المشترى بها لو أنه كان قد رأى المبيع عنـد العقد . أما العيب فإن رفع الضرر فـيه ظاهر لا يحتاج إلى بيان .

٢- أما الحجر فأسبـابه متنوعة ومنها الصغر والجنون والغفلة والـسفه . فالحجر على هؤلاء ومنعهم من بعض التصرفات إنما روعـى فيه رعاية مصلحتهم ورفع ضرر الاستغلال عنهم .

ومنها الحجر للديـن المحيط لأنه مراعى فيه حماية حقـوق الدائنين فمنع المدين من التصرف فى ماله وحجر عليه فيها حتى لا تضيع حقوقهم .

٣- وأما الشفعة فإنها تثبت للشريك لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر سوء الجوار الذى قد يلحقه من المشترى الجديد الذى قد يكون سيىء الخلق .

٤- أما القصاص فى النفس والحدود فإنها شرعت لدفع الضرر العام عن المجتمع ومحافظة على الكليات أو الضروريات الخمس فى المجتمع وهى النفس والدين والعقل والنسب والمال .

وأما القصاص فيما دون النفس فقد شرع لدفع الضرر عن المجنى عليه بشفاء غليله لمن اعتدى عليه تمشيا مع الطبيعة البشرية وعن الجانى بحمايته من الانتقام بما هو أشد عندما يتعرض للاعتداء عليه من غريمه الذى يريد أن يثأر لنفسه . كما أن فى مشروعيته محافظة على أمن المجتمع واستقراره ، ومن أجل مصلحة الجميع شرعت التعازير لدفع الضرر العام أو الضرر الخاص سواء قبل وقوع الضرر أو بعد فعله بتلافيه ورفعه عن المضرور إن أمكن إزالته أو رفع آثاره بالتعويض المناسب عنه .

٥- أما تقييد الإنسان فى منافعه أو ملكه أو تصرفه فيما يضر بالغير فيدخل تحته - دفع الضرر الفاحش بأى وجه كان إذا كان حديثًا . فمثلا لو استأجر شخص حانوتا واشتغل فيه حداداً أو بنى فيه تنوراً (أى مخبزا) أو معصرة للزيوت أو مطبخا وكان موقع الحانوت فى سوق تجار الحرير منع من ذلك لأنه ضرر فاحش ظاهر أكبر من الضرر الذى يقع عليه وحده لأن مصلحة الجميع تقدم على مصلحة الفرد.

وإذا اتخذ الجار مجرى ماء لداره يكون سببا فى وهن جدار غيره بما يجعله آيلاً للسقوط منع من هذا المجرى لهذا السبب السابق ولما فيه من الضرر الظاهر .

ومن هنا قرر الفقهاء حكمًا عاما فى علاقات الجوار فى العقار ، وهى أن تصرف الجار فى ملكه مقيد بعدم الإضرار بملك جاره ضرراً محققا ولو كان عن الجار بحائل مصطنع .

وبناء على ما قرره الفقهاء فى الضابط السابق فإنه إن أضر الشخص بملك غيره ضررا محققا إن أمكن تلافى ذلك الضرر باحتياطات تتخذ أجبر على اتخاذ تلك الاحتياطات ولا يجبر على الإزالة أما إذا كان تلافى الضرر غير ممكن فإنه

ذلك فى المنافع التى لا تكون أصلا فى ذاتها لمنع الشمس والهواء منعا كليا يجبر على الإزالة .

وفى جميع الأحوال لا يجبر على إزالة ما يسبب الضرر إذا كان قديما فلو سكن شخص أو بنى داراً بجوار مخبز فليس له أن يطالب بإزالة المخبز بسبب ما يلحقه من الضرر معه ، وذلك لأنه هو الذى دخل الضرر بإرادته واختياره .

على أنه بالنسبة للضرر العام لا يلتفت فيه إلى ما كان سببه قديما أو حديثًا بل يتعين إزالته على كل حال فمن بنى مظلة على الطريق العام أو أقام جسراً عليه يضر بالمرور فيه أمر بإزالة ما أحدث ولو طال عليه الأمد .

١٩١- ويلاحظ فى جميع الأحوال عند تطبيق هذه القاعدة بالنسبة للقضايا التى تدخل تحتها مراعاة القواعد الآتية وهى :

١- الضرر لا يزال بالضرر سواء كان عامًا أو خاصًا .

٢- يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام . كقتل نساء المسلمين وصبيانهم فى الحرب إذا تترس بهم الأعداء ، والحجر على الطبيب الجاهل الذى يضر بالناس ، وهدم جدار الغير الذى يميل على طريق عام يهدد الناس إذا لم يصلحه صاحبه حيث إن لكل متضرر أن يزيله أو ينقصه ، وبيع سلعة المحتكر جبراً عنه عند امتناعه من بيعها وحاجة الناس إليها وغير ذلك كثير .

٣- يرتكب أخف الضررين . ومعناها أنه إذا ترتب على أمر أو فعل ضرر ولم يكن من الممكن إزالته إلا بضرر وكان أحد الضررين أعظم من الآخر فإن الضرر الأشد يزال بالأخف . فلو كان ما يمكن إزالته به أشد منه لم يجز إزالته به .

ويتفرع على هذه القاعدة عدة فروع منها : أنه يجوز حبس الأب بسبب امتناعه عن الإنفاق على ولده ، مع أنه لا يحبس والد فى دين لولده عليه فى غير نفقة، وذلك لأنه بامتناعه عن الإنفاق عليه سيعرضه للتلف وهو أعظم ضرراً وأشد مفسدة من حبسه فيزال به .

ومنها ما لو نصب خشبًا أو حديدًا فأدخله فى بنائه ولم يكن ممكنًا نزعه إلا بخلع البناء ، إن كانت قيمته أكثر ملك ما اغتصبه بقيمته ، وإلا كان من حق مالك الشيء المغصوب المطالبة بنزعه أو تضمين الغاصب .

ومنها جواز شق بطن الميت لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته .

٤- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وقد سبق بيانها .

٥- الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة والدليل على ذلك جواز السلم لأنه لما كانت الحاجة إليه أنزل منزلة الضرورة حيث إنه على خلاف القياس لأنه بيع معدوم وقد رخص فيه الشارع مع أن الأصل عدم صحة بيع المعدوم وذلك لأن النبى ﷺ أجازه لحاجة الناس إليه دفعًا للحرج الذى قد يقع عنه عدم مشروعيته على من ليس فى يده السلعة وهو فى حالة حاجة إلى الثمن . وهذا هو أساس جواز الاستصناع مع أنه بيع المعدوم وهو الشيء الذى اتفق على صناعته لحاجة الناس إليه ويدخل فى ذلك أيضًا بيع الوفاء حيث قد أفتى الحنفية بصحته لحاجة الناس إليه فى الوفاء بديونهم إن تعذر وفاؤها بغير هذا الطريق .

المقصد الرابع

قاعدة : الاجتهاد لا ينقض بمثله

١٩٢- هذه القاعدة تتعلق بما يصدره القاضى من الأحكام المبنية على اجتهاده إن كان مجتهداً أو على اجتهاد غيره إن كان مقلداً .

ودليل هذه القاعدة الإجماع فإن أبا بكر رضى الله عنه قد حكم فى مسائل وخالفه عمر رضى الله عنه فيها ولم ينقض حكمه . وقد وافقه الصحابة على ذلك . والسبب فى ذلك أن الاجتهاد الثانى ليس أقوى من الأول ، ونقض الأول بناء على الثانى المخالف له يؤدى إلى ألا يستقر حكم من الأحكام وفى ذلك مشقة شديدة على الناس ، وعدم استقرار معاملتهم .

ومفهوم هذه القاعدة أن حكم القاضى أو المجتهد إذا خالف نصًا تشريعيًا صريحًا ثابتًا أو إجماعا نقض هذا الحكم لأن النص ليس مثله بل هو أقوى من الاجتهاد .

المقصد الخامس

قاعدة : التابع تابع

١٩٣- هذه القاعـدة معناها أن الـتابع لا يفك عن مـتبوعـه ، ويدخل تحت هذه القاعدة الفروع الآتية :

١- الحمل يتبع الأم فى البيع ولا يجوز أن يفرد بالبيع وحده أو بالهبة .

٢- المشرب والطـريق يدخلان فى بيع الأرض تبـعًا إذا صرح بذلك فى العـقد وهى ما تـعرف بحقـوق الارتفاق . ولا يفردان بالـبيع على رأى صحـيح فى المذهب الحنفى .

٣- إذا برئت ذمة الأصيل برئت ذمة الكفيل .

المقصد السادس

قاعدة : إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن

١٩٤- ومعنى هذه القاعدة أنه إذا تعذرت إرادة الحقيقة تعين حمل الكلام على المجاز ، فلو حلف شخص مثلا - لا يأكل من هذه النخلة أو هذا الدقيق ، حنث بأكل ثمراتها وما ينتج منها كما يحنث بأكل الخبز وذلك لتعذر حمل الكلام على الحقيقة حيث أن النخلة نفسها لا تؤكل ، وكذا الدقيق إلا بعد عجنه وخبزه .

وإذا تعذرت الحقيقة والمجاز ولم يوجد ما يرجح أحدهما على الآخر أهمل الكلام ، ومثال ذلك لو قال لامرأته التى لها أب معروف هذه بنتى لم تحرم عليه بذلك لأن حقيقة النسب - متعذرة وهى ثابتة من غيره وإرادته المعنى المجازى وهو الحرمة لا تصح لأنها زوجة حلال له شرعًا .

المقصد السابع

قاعدة الخراج بالضمان

١٩٥- وهذه القاعدة أصلها حديث عن رسول الله ﷺ فيما رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة رضى الله عنها عن النبى ﷺ أنه قال : «**الخراج بالضمان**» .

فقد روى أن رجلا ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى النبى ﷺ فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله ﷺ قد استعمل غلامى . فقال النبى ﷺ : «**الخراج بالضمان**».

والخراج هو كل ما يخرج من الشىء مما ينتفع به ، فخراج الشجر ثمره ، وخراج الحيوان دره من اللبن ونسله .

ومفهوم هذه القاعدة أنه إذا كان الشىء فى ضمان شخص فإن غلاته وثماره تكون له مدة بقائه فى ضمانه ، لكن بشرط أن يكون الضمان منضما إلى الملك وهذا باتفاق .

المقصد الثامن

قاعدة : لا ينسب إلى ساكت قول

١٩٦- **معنى** هذه القاعدة أنه إذا كان التصرف يتوقف ترتيب أثره عليه على رضاء شخص أو إذنه ، أو كان الفعل يمتنع ترتيب أثره عليه إلا إذا رضى به شخص آخر ، فسكت فى كل هذه الحالات لم يعد سكوته رضاء ولا إذنا ولا بد من أن يظهر منه ما يدل على رضائه أو إذنه بالقول أو بالإشارة أو الكتابة ونحو ذلك . فمن وجه إليه الإيجاب فى البيع مثلا فسكت لم يكن سكوته قبولا ولو اشترى شيئا معيبًا فإن سكوته لا يعد رضاء بالعيب بشرط ألا يكون هناك مانع أو حائل يمنع الشخص من عدم السكوت . ومن هنا قال الفقهاء لو كان هناك حائل ما يحول بين الإنسان والتعبير عن إرادته صريحا بالموافقة عُدَّ السكوت فى حقه موافقة أو إذنا بالموافقة وذلك كالبكر فى الزواج حيث إن حياءها يمنعها من التعبير عن رضاها بالزوج ولا يمنعها من الرفض فعد سكوتها رضا إذا ما سألها أبوها تقبلين الزواج من فلان ؟ فسكتت فقد اعتبر السكوت منها موافقة على الزواج وإذنا للوالد بعقد العقد .

ومن الأمور التى يعد السكوت فيها رضاء ما لو كان البيان مطلوبا من الشخص فى حال وسكت عن التصريح بهذا البيان فإن سكوته بيان إذا كان قادراً على التصريح بالبيان ولم يصرح .

ومثال ذلك ما لو سكت شخص عن نفى الولد عنه تهنئته به بعد الولادة أو سكت عن النفى مدة لا تقبل التهنئة . حيث يكون ذلك السكوت إقرارًا منه بنسبة الولد إليه ، ولا يقبل منه نفيه بعد ذلك بادعائه عدم التصريح بانتسابه إليه وذلك محافظة على حق الولد الذى ثبت بالقرينة القوية ولاعتبار السكوت فى البكر الصغيرة إذن ورضاء بلا خلاف .

ويعتبر السكوت رضاء كذلك فيما لو كان هناك نوع تسليط سابق على التصرف

كما إذا قبض الموهوب له الهبة فى المجلس فسكت الواهب ، لأن الهبة نوع من الإذن بالتصرف فى الموهوب حسب إرادة الموهوب له وذلك يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بل إن القول هو وسيلة الفعل . فإذا قبض الموهوب له الهبة بعد الإيجاب من الواهب وسكـوته أى رضاه بالأخذ وعدم الاعتـراض على المتسلم الآخذ وهو المـوهوب له عد ذلك إذنا منه بـالتسلط والتـصرف فى الهبـة وكان قبولا بالفعل . وإلا لو كان الواهب لا يـريد التعليل أو التسلط من الموهوب له لمنعـه من ذلك الفعـل الذى يقوم به والـذى اعتبـرناه دلالة على قـبول المحـبة بالفعل.

المبحث الثانى

نظرية العقد

المقصد الأول

النظرية - العقد - الالتزام - التصرف الشرعى

- النظرية -

١٩٧- **النظرية** هى عبارة عن القاعدة العامة التى يدخل تحتها جميع الأمور المتشابهة المتساوية من حيث الشروط التى تتطلبها هذه القاعدة ومن هنا يمكن تعريف نظرية العقد بأنها : القاعدة العامة التى تشمل كل العقود المتشابهة من حيث المنشأ والأثر عند تطبيق شروط هذه القاعدة عليها .

ونظرية العقد بهذا المفهوم هو اصطلاح حديث لدراسة العقود فى الفقه الإسلامى لجأ إليه فقهاؤنا المحدثون تبعًا لحاجة الناس إليها ولظهور كثير من العقود التى لم تكن موجودة فى عصور السابقين من قدامى الفقهاء المسلمين مما احتاج الأمر إلى وضع هذه النظرية العامة لتكون ميزانا لكل العقود وبمقتضاها يمكن معرفة العقد الشرعى الصحيح من العقد الباطل الفاسد الذى لا يمكن التعامل به .

١٩٨- **وقد** كانت طريقة السابقين من الفقهاء فى دراستهم للعقود بأن يتكلموا عن كل عقد من العقود بماله وماعليه من حيث التعريف والأركان والشروط والأدلة والآثار التي تترتب عليه وطريقة فسخه أو إنهائه وهكذا فى كل العقود .

ولعل السبب فى اتجاههم هذا الاتجاه أن الحاجة لم تكن ماسة إلى نظرية عامة فى زمانهم لعدم الحاجة إليها لاقتصارهم فى التعامل على ماورد بشأنه نص من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الفقه هو التطبيق العملى للشريعة الإسلامية من حيث قسمها العملى . وهذا القسم العملى إنما يدخل تحت تصرفات العباد العملية ، وهى تختلف من زمان إلى زمان ولم تقع مرة واحدة . ومن هنا

اقتـضى الحال دراسة كـل ما يجد مـنها من جمـيع ما يتـصل به فى الشـريعة الإسلامـية وهكذا سـار الفقـهاء طبقـا لتطور المنطـق العقلى فى الحـكم على الأشياء. وقد اتبع الفـقه الإنجليزى القانونى . نفس المنهج الذى اتبعـه فقهاؤنا المسلمون القدامى .

١٩٩- أما القوانين ذات الأصل اللاتينى كالقانون الفـرنسى فإنها تختلف فى ذلك حيث عنيت هذه القوانين بالنظريات العامة أكثر من عنايتها بالأحكام الجزئية .

٢٠٠- والعقد سبب من أسباب نـقل الملكية فى الشريعة الإسلاميـة . أما أسباب نقل الملكية فهى أربعة هى [١] :

١- الإرث .

٢- إحياء الموات . (تملك المباحات) .

٣- العقد .

٤- الشفعة .

٢٠١- والأصل فى الشريعة الإسلامية هـو مبدأ سلطان الإرادة وحرية الإنسان فى إنشاء جمـيع العقود التى يرى إنشاءهـا وتتوافق مع مصلحتـه ولا تتعارض مع نص شرعى صـريح من نصوص الشريعـة فى منع التعامل بـأى منها ، وذلك لأدلة كثيرة وردت فى ذلك أى فى مبدأ سلطان الإرادة منها قوله تعالى **﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بـالعقود﴾** . المائدة وألْ للاستغراق حـيث تشمل كل العقود طبقًـا لجمـهور المفسـرين وعليـه يكون معنى الآيـة «أوفوا بكل عـقد تبرمـونه بإرادتكم واختياركم لم يوجب الله الالتزام به ولـم يحرمه عليكم».

---

(١) وأسبـاب الحقوق أو نطقـها أو نقلها فى الـقانون المدنى اليمـنى ثلاثة هى : «التصـرف الإرادى» والفعل المجرد، والواقعـة (المادة ١٢٥ من الكتاب الأول) والتصرف الإرادى يـشمل العقد والالتزام . كـما تنص على ذلك صراحة المادة ١٢٦ يمنى فقرة ١ ، ٢ .

٢٠٢- تعريف العقد :

يطلق العقد لـغة على كل تصادق أو اتصال سواء كان بين شـيئين أو بين أجزاء الشىء الواحد وهو بهذا يـشمل الربط والشد والتقوية سواء كـان ذلك حسيًا أو معنويًا .

فالحبـل كربط الحبلين ببـعضهمـا أو ربط الشىء بالحبل وشـده به أو لف الحبل وعقده على نفسه لتقويته . وأما الربط المعنوى فهو فى الأيمان والعقود والمواثيق والعهـود ومن هذا قوله تـعالى : ﴿**لا يؤاخذكـم الله باللغو فى أيمـانكم ولكن يؤاخذكم بما عـقدتم الأيْمان**﴾ «المائدة - ٨٩» وقوله سـبحانه : ﴿**ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله**﴾ «البقرة-٢٣٥» وقوله : ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئو لا**﴾ «الإسراء-٣٤» .

وأما تعريف العـقد فقها فهـو : «تعلق كلام أحد العاقدين بالآخـر شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل» (مادة ١٣٧ من الكتاب الثانى مدنى يمنى) .

وعلى هذا التـعريف لا يكون العقـد إلا بين طرفين يكون من أحدهمـا إيجاب ومن الآخر قبـول . وهذا يتفق مع تعريف فقـهاء القانون حيث يعرفـون العقد بأنه «توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى معين»(١).

وإحداث الأثر عنـدهم يشمل الإنشـاء كالبيع ، والنقـل كالحوالة ، والتـعديل كتأجيل الدين ، والإنهاء كالإبراء من الدين .

وقد توسع فريق من فقهاء الإسلام فى معنى العقد حيث أطلقوا العقد على كل ما يفيد التزاما سواء تم بإرادتين أو بإرادة واحدة كما فى الهبة والصدقة والوصية والوقف والـطلاق والإبراء مع أنـها تتـم بإرادة واحـدة فى نظرهـم ومع ذلك يسمونها عقودا .

---

(١) إلا أن القانون المدنى اليمنى قد جنح فى صياغته لتعريف العقد إلى ما قاله فقهاء الإسلام ، حيث عرفت المادة ١٣٢ «العقد» بقـولها : العقد إيجاب من أحد المتعـاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو مـايدل عليها على وجه يظهر أثره فى المعقود عليه «المحل» .

- الالتــزام -

٢٠٣- **الالتزام** أعم من العقد على التعريف الأول يقصر العقد على إرادة مجموع طرفين ، لأن الالتزام يشمل ما كان بإرادتين كالبيع وما كان بإرادة منفردة كالهبة وسواء كان هذا الالتزام ملزما كالبيع أو غير ملزم كالهبة .

أما الالتزام بالمعنى الثانى للعقد عند الفريق الذى توسع فى معناه فهو مساو له تماما لأن الأثر الذى يلزم أو يترتب على كل منهما واحد فى الجميع .

- التصرف الشرعى -

٢٠٤- **التصرف** الشرعى عند بعض الفقهاء يطلق على كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل يرتب عليه الشارع أثرًا أو حكمًا معينًا . فالتصرف الفعلى كالقتل والإتلاف ، والتصرف القولى يشمل جميع العقود والالتزامات سواء كانت بإرادة الشخص أو بحكم الشارع كالسب أو القذف الموجب غرامة وعقوبة. والتصرف الشرعى على هذا يشمل التصرف القانونى(١)والواقعة القانونية»(٢)ولا يشمل الواقعة المادية التي لا يرتب عليها القانون أثرًا كتناول الطعام والمشى فى الطرقات وإن كنا نرى أنه يشملها لأن الواقعة المادية تدخل ضمن قسم المباحات والإباحة حكم من الأحكام الشرعية .

ويقصر فريق آخر من الفقهاء اصطلاح التصرف الشرعى على ما كان بالقول فقط سواءكان بإرادة واحدة أو بإرادتين . وأما ما كان بالفعل فلا يسمى تصرفا شرعيا وإنما يسمى واقعة شرعية يرتب الشرع عليها أثرًا (٣) وهو بهذا يكون مراد فالتصرف القانونى عند فقهاء القانون الوضعى لأنهم يعرفون التصرف القانونى بأنه : «إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين يرتبه القانون» ويفرقون بينه وبين الواقعة القانونية حيث يعرفون الواقعة القانونية» «بأنها كل عمل مادى

---

(١) ويدخل تحته العقد والالتزام (مادة ١٢٦)

(٢) وهى كما تعرفه المادة ١٢٨ من القانون اليمنى ، أمر حاصل بالفعل سواء أراده الإنسان أم لم يرده يرتب المشرع عليه أثرا معينا كما فى الميلاد والموت .

(٣) وبهذا الرا ى الأخير ، أخذ القانون اليمنى وانظر المواد ١٢٥-١٢٨ .

يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره ويترتب القانون عليه أثراً قانونيا معينا».
ويمثلون للواقعة الاختيارية بالعمل غير المشروع والحيازة غير المشروعة ، وللواقعة غير الاختيارية بالميلاد والموت .

المقصد الثانى

– تقسيمات العقد –

٢٠٥- **العقد** ينقسم من حيث ذاته إلى عدة أقسام مختلفة منها ما هو راجع إلى نوع الأثر المترتب على العقد ومنها ما يتعلق بمدى ترتيب أثره عليه أو عدم ترتيبه وهو بهذا ينقسم إلى قسمين رئيسين كل قسم منهما يدخل تحته أقسام أو أنواع .

التقسيم الأول

٢٠٤- التقسيم الأول وهو باعتبار نوع الأثر المترتب على العقد :

قسم الفقهاء العقد من هذه الناحية إلى عقد تمليك ، وعقد إسقاط وعقد إطلاق ، وعقد تقييد ، وعقد شركة ، وعقد وثيقة وعقد حفظ .

٢٠٥- عقد التمليك :

هو كل عقد ينشأ بمقتضاه تملك شىء لإنسان لم يكن مملوكًا له من قبل سواء كان هذا الشىء عينًا أو منفعة . وسواء كان هذا التملك حال الحياة أو بعد الممات . وهذا يشمل عقود : البيع والإيجار والهبة والوصية والقرض والإعارة والزواج ، والخلع.

وعقود التمليك بهذا تشمل عقود المعارضة وعقود التبرع . وعقود المعاوضة هى التى يُملّك فيها كل واحد من المتعاقدين شيئا لصاحبه فى مقابل ما يملكه له الآخر . وأما عقود التبرع فهى ما يكون التمليك فيها من جانب أحد الطرفين

دون مقابل مـن الطرف الآخر . ومن أحكام عقود المعـاوضة أنها تعتـبر لازمة بمجرد عقدها مـا دامت مستوفية لأركانهـا وشروطها اللازمة لصحتـها ولزومها ونفاذها طبقا لما سيأتى تفصيله فيما بعد .

وأما عقود التبرع فمن أهم أحكامها عند جمهور الفقهاء أنها لا تلزم المتبرع قبل القبض فـيجوز الرجوع فى عـقد التبرع قـبل تمامه بالقبـض من الطرف الآخر المتصرف إليه المال. بل إن الحنفية يجيـزون الرجوع بعد القبض مخالفين بذلك الجمهور استنادًا إلى قوله سبحانه وتعالى : **﴿ما على المحسنين من سبيل﴾** أى ليس هناك وجه لإلزام المتبرع .

كما خالـف المالكية وبعض الفقهاء أيضـا فى أن عقود التبرعـات ملزمة بمجرد عقدها كعقود المعاوضات سواء بسواء ولا يـجوز الرجوع فيها حتى قبل القبض أخذا من قوله تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾** وقوله سبحانه : **﴿وأوفوا بالعهد إن العـهد كان مسؤلاً﴾** حيث إن العقد عنـدهم يشمل ما كان بإرادة واحـدة وهو الالتزام والأمـر بالوفاء إلزامـى أخذا من قـوله سبحـانه : **﴿وأوفوا بالعهد﴾** .

٢٠٦- عقد الإسقاط :

وهو كل عقد يترتب عليه سقوط حق ثابت للمتصرف سقوطًا غير مرتبط بما هو عوض عنه سـواء كان محـضا أو تمليكًا بالتـبرع . فالأول كالـطلاق بدون مال والعفو عن القـصاص من غير عوض وتنازل صاحب الحق فى الشـفعة بإقراره البيع . ومثـال الثانى إبراء الدائن المدين من غير دفع المال إلـيه ، فإنه وإن كان جانب الدائن إسـقاط منه لحقـه فى المطالبة إلا أنه فى نفس الـوقت إبراء لذمة المدين من الدين الذى كانت ذمته مـشغولة به ، وهو فى نفس الوقت تمليك له لأنه لم يدفعه إلى صاحبه بعد .

٢٠٧- عقد الإطلاق :

وهو كل عقد يكون بمقتضاه لشـخص أن يتصرف فى شىء لم يكن له التصرف

فيـه من قبل ويكون هذا التـصرف لحق غيـره لا لحقه بإذن مـن صاحب الحق الأصلى كمـا فى عقود الوكالة ، والإذن بالتـصرف كالإيصاء والإذن للصـغير المميز بالتجارة والإذن للمرأة فى طلاق نفسها بإرادتها وحدها إذا شاءت ذلك.

٢٠٨- عقد الشركة :

وهو كل عـقد بين طرفين أو أكثـر تنشأ بمقـتضاه شـركة بينهمـا فى رأس المال بغرض التجارة على أن تكون الخسارة والربـح شركة بينهما على حسب رؤوس الأموال . وهذا ما يميز شركة العقود عن شركة الأملاك وشركة المضاربة .

٢٠٩- عقد الوثيقة :

هو كل عقد يكون المقصود منه الاستيثاق لحق ثابت ضمانا لاستيفائه عند العجز عن الوفاء ويدخل تحت ذلك عقود الرهـن ، والكفالة بالنفس أو المال والحوالة فى بعض صورها وذلك إذا كانت الحوالة على مدين للمحيل وهو موسر .

٢١٠- عقد الحفظ :

وهو كل عقـد القصد مـنه إسناد مهمـة حفظ شىء مملوك لأحـد الطرفين إلى الطرف الآخر . ويندرج تحت هذا عقود الوديعة وعقود الحراسة .

وتتميز هذه الطائفة من العقود بأن الحافظ فيها يعتبر أمينا على ما استحفظ عليه لا يضمن عند الهلاك بدون تقصير منه فى الحفظ .

التقسيم الثانى

٢١١- التقسـيم الثانى من تقسيمـات العقد وهو باعتبار مـدى ترتب آثاره عليه أو عدم ترتبها :

ينقسم العـقد بحسب الاعتبـار الثانى المشار إليه إلى عـقد صحيح وعقـد غير صحيح ويـنقسم العقد الصـحيح إلى عقد نافـذ وعقد غير نافـذ (موقوف) .

وينقسم النافذ إلى لازم وغير لازم واللازم منه مـا يقبل الفسخ ومنه ما لا يقبل الفسخ (مادة ١٣٨) .

٢١٢- العقد الصحيح :

هو الذى استوفى أركانه وشروط انعقاده وصحته (مادة ١٣٩) .

٢١٣- العقد غير الصحيح :

وهو الذى اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده أو صحته وهو بهذا المفـهوم يشمل العقـد الباطل وهو الذى فقـد ركنا من أركانه كمـا يشمل العقد الفاسد وهـو الذى فقد شرطا من شروط انعقاده أو صحـته عند الجمهور من الفقهاء[١] فالباطل والفاسد عندهما سواء من حيث الأثر المرتب على العقد لأن العقد بهذا الشكل غير صحيح ولا يترتب عليه فى أى أثر .

أما الأحناف فإنهم يفرقون فى العقود بين الباطل والفاسد حيث لا يرتبون على الباطل أى أثر وهو الذى فقد ركنا من أركـانه ويرتبون على الفاسد بعض الأثر ويمكن تصـحيـحه والعـمل به وهو الذى فـقد شرطًا مـن شروط الصـحة إذا صححت هذه الشروط الفاسدة . فمثلا فى الفاسد إذا تم القبض فى البيع بإذن حل الثمن وتملـك المبيع . وإن تم دخول فى النكاح بغـير الشهود فرق بيـنهما ولكن يثبت مهر المثل والعدة والنسب إن وجد حمل .

٢١٤- العقد النافذ :

وهو الذى صيغته منجـزة غير مضافة إلى زمان مستقـبل ولا معلقة على شرط موافق لآثار العقد (مادة ١٤١)

٢١٥- العقد غير النافذ (الموقوف)

وهو الذى أضيـف إلى زمن مستقـبل أو علق على شرط يوقـف أثره فى الحال على الإذن ممن له الإذن فى ترتب الأثر على العقد كـما فى بيع الفضولى وهو صحيح عند الحنفية ولكنه موقوف[٢] أما عند الشافـعية فيدخل فى قـسم غير

---

(١) وبقول الجمهور اخذ القانون اليمنى (المادة ١٤٠ مدنى).

(٢) اى على اجازة من له الحق منى وبرأى الأحناف اخذ القانون المدنى اليمنى (مدة ١٤٢) .

الصحيح ويكون عقد الـفضولى باطلا كما فى عقد الصبى غير المـميز والسفيه المحجور عليه وقد أخذ القانون اليمنى بمذهب الأحناف ومن وافقهم كما تقضى بذلك صراحة المادة (١٤٢-مدنى يمنى).

٢١٦- العقد اللازم :

وهو الذى لا يحق لأحـد الطرفين أو أحدهمـا فسخـه بإرادته المنفردة بـعد تمام عقده ، وإنما يجـوز الفسخ لأسباب أخرى لا ترجع إلى الإرادة كـما فى عقود الزواج والخلع لأنهـا لا تقبل الخـيار مـا عدا خيـار العيب . وكـما فى عـقود المعاوضات المالية بـعد تمامها من الطرفين . وعقود الإسقـاطات كلها لازمة ولا تقبل الفسخ وهى : الطلاق والعتق والوقف والإبراء (مادة ١٤٣ مدنى يمنى).

٢١٧- العقد غير اللازم :

وهو العقد الجائز بمعنى أنه يجوز للطرفين أو أحدهـما الرجوع فيه وفسخه حتى بعد تمامـه مستوفيًـا لجميع أركانه وشـروطه كما فى عقـود الوكالة والإذن وهو يشمل الحراسة والوديعة والهبـة قبل القبض- (مادة ١٤٤) وهذا هو معنى عدم اللزم ولهذا ثبتت الخيارات فى عقـود المعاوضات المالية من اللازم ولم تثبت فى العقود الجائزة لأن الخيار لحق الفسـخ لو وقع غبن أو ضرر على أحد المتعاقدين والفسخ هـنا موجود فى أى وقت لحـق الطرفين حيثـما شاءوا أو أحـدهـما فى فسخ العقد ، وهذا عـلى رأى الجمهور من الفقهاء . أمـا على مذهب المالكية ومن وافقهـم فإن هذه العقود تعـتبر لازمة وبالتـالى يلحقها الخـيار وذلك لأن العاقد ألزم نفـسه بإرادته الحرة المنفردة فى مواجهـة من وجهت إليه هذه الإرادة ولا يجوز له التحلل من هذا الالتزام إلا بـرد الطرف الآخر له استنادًا إلى قوله سبحانه: **﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾** والعهد هو الالتزام . ورأى الجمهور هو الأولى من حيث رعاية المصلحة العامة والخاصة . وبرأى الجمهور أخذ القانون المدنى اليمنى (مادة ١٤٢) .

المقصد الثالث

- تكوين العقد -

٢١٨- تمهيد :

ينشأ العقد إذا اجتمعت أركانه وتوافرت الشروط التى يتطلبها الشارع فى هذه الأركان . والركن عند جمهور الفقهاء هو ما توقف عليه وجود الشىء سواء كان جزءاً من حقيقته أم كان خارجا عنه . أما الركن عند الأحناف فهو ما كان داخلا فى ماهية الشىء وجزءًا منه فقط دون ما كان خارجا عنه لأنهم جعلوا ذلك من الشروط لا من الأركان .

وجمهور الفقهاء بناء على ما سبق يجعلون أركان العقد ثلاثة هى (١) :

١- الصيغة (٢).

٢- العاقدان .

٣- المحل .

أما الأحناف فقد قصروها على الصيغة وحدها أى اعتبروا للعقد ركنًا واحداً فقط هو الصيغة لأن الصيغة تستلزم العاقدين والمحل بالضرورة فاعتبروها من شروط صحة الصيغة لا من الأركان . وعلى ذلك يكون الخلاف نظريا بين الجمهور والأحناف لأن النتيجة واحدة عند الجميع وهى أن العقد لا يكتمل بدون أى منها سواء اعتبرت أركانًا كلها أو بعضها من الأركان والآخر من الشروط . ولذا فإننا سنسير فى دراستنا على وجهة نظر الجمهور فى أركان العقد أى باعتبارها ثلاثة .

وقد استلزم الشارح فى كل ركن من هذه الأركان شروطًا خاصة وهذه الشروط بعضها لازم لصحة العقد والبعض الآخر لازم لنفاذه أو للزومه .

---

(١) وبهذا التقسيم أخذ القانون اليمنى المدنى فى مادته (١٤٥) استنادًا إلى قول الجمهور .

(٢) وهى ما يعبر عنها فى القانون اليمنى فى المادة ١٤٥ فقرة (١) بـ «التراضى» .

وإذا كانت أركان العقد عند جمهور فقهاء الإسلام ثلاثة ؛ الصيغة والعاقدان والمحل . فإنه عند فقهاء القانون الوضعى ثلاثة أيضًا هى : الرضاء ، والمحل، والسبب . ويلزم لكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة لصحة ترتب آثار العقد عليه . ولما كان الرضاء لا يوجد إلا من عاقد ، وبالتالى يحتاج إلى ما يدل عليه وذلك لا يكون إلا بالصيغة وهذا ينصب بالضرورة على محل معين ، فإنه بذلك يكون القانون متفقًا مع الشريعة فى هذه الناحية. وكذلك فى فكرة السبب وإن عدّها الفقهاء شرطا من شروط الصحة لا ركنا من الأركان كما فعل فقهاء القانون .

وفكرة السبب موجودة في الفقه الإسلامى ويعبر الفقهاء عن ذلك بقولهم : «يشترط فى العقد أن يكون قصد العاقدين منه موافقا لقصد الشارع» . فإن خالف قصد العاقدين قصد الشارع من العقد حكم ببطلانه كبيع السلاح لمن يقتل به ، والعنب لمن يعصره خمرًا ، وإجارة البيت للعب القمار أو شرب الخمر فيه .

وعلى هذا فإنه يمكن القول باتفاق الفقه والقانون فى أركان العقد من حيث الجملة وإن وقع الخلاف بينهما من حيث التفصيل . وسنبدأ بالكلام تفصيلا فى الأركان الثلاثة فى الفقه الإسلامى فيما يأتى كل ركن على حدة فى فرع مستقل.

الفرع الأول

صيغة العقد

٢١٩- **المراد** بالصيغة هوالإيجاب والقبول(١) بين طرفى العقـد لأن ذلك هو علامة الرضاء بين أطراف العقد فيما يتعاقدان عليه . ولأنه أيضا علامة على ما يكون مأخـوذًا بطريق شرعى صحـيح وما يكون مأخـوذا أو مملوكًا بطريقـة لا يقرها الشرع . فـالرضاء مع موافـقة ما يتطلبـه الشارع هو الذى يبين لـنا الحلال من الحرام لأنه لا يحل مـال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه كـما ورد فى الحديث الصحيح . ولقوله ﷺ: «**إنما البيع عن تراض**» ، أخذا من الله تـعالى: ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾(٢) .

ولما كان الرضاء أمـرًا خفيًا لا اطالع لأحد عليـه من غير صاحبه ويتـعذر إثباته أمام القضاء عند التنازع فـيه جعل الشارع الصيغة قرينة على الـرضاء فاعتبرت وعول عليـها فى العـقد لأنها سبـب واضح ظاهر لا اضطراب فيـه يمكن بناء الحكم عليه ، بخـلاف الرضاء لأنه تارة يظهر وتارة يخفى فلـم يعول عليه إلا بعد ظهوره ونحن لا نعرفه إلاّ بالصيغة فكانت هى الأهم من حيث الدراسة .

٢٢٠- معنى الإيجاب والقبول فى الصيغة :

الإيجاب ما يـصدر أولا من أحد المتعاقـدين ، والقبول هو ما يصـدر ثانيا من الطرف الآخر . فإذا قال أحدهما : بعتك العقـار بمبلغ كذا فقال المتعاقد الآخر قبلـت كان ما صدر عـن البائع إيجابـا وما صدر عن المشـترى قبـولاً . (مادة ١٤٨) .

ولو قال المشـترى يعنى هذا العـقار بمبلغ كـذا فقال البـائع قبلت كانت عـبارة المشترى إيجابا وعبارة البائع قبولا . وهذا هو رأى جمهور الفقهاء.

---

(١) وهو المعبر عنها بركن التراضى فى القانون الوضعى ، والقانون اليمنى المواد (١٤٥-١٤٦-١٤٨) .

ويرى بعض آخر من الفقهاء[1] بأن الإيجاب ما يصدر من المملك والقبول ما يصدر من المتملك . فسواء تقدمت أو تأخرت عبارة المملك كانت هى الإيجاب والعبارة الأخرى هى القبول .

ويقصد بصيغة العقد الأداة أو الوسيلة التى يتم بها التعبير عن إرادة العاقدين فى إبرام العقد وهذه الأداة قد تكون لفظا أو كناية أو إشارة أو فعلا[2] ولا خلاف بالتعاقد باللفظ وفى الباقى خلاف حسب نوع العقد نذكرها باختصار فيما يأتى :

٢٢١- التعاقد بالكتابة :

يتم العقد بالكتابة عند الجمهور من الفقهاء كما فى اللفظ سواء كان العاقدان حاضرين معًا أو كان أحدهما غائبًا ، ويرى البعض من الشافعية أن العقد لا يتم بالكتابة إلا لمن لم يقدر على اللفظ كما فى الأخرس لأن الكتابة أو الإشارة هى طريقه الوحيد للتعبير عن إرادته .

٢٢٢- التعاقد بالإشارة :

جمهور الفقهاء على أن التعاقد بالإشارة لا يجوز للقادر على النطق ، ولا يجوز ذلك إلا للعاجز كالأخرس إذا كان عاجزًا عن الكتابة . ويجوز عند المالكية التعاقد بالإشارة للقادر على الكلام ولغير القادر . كما يجوز له ذلك بالكتابة ؛ لأن المراد معرفة الرضا عرفا ويستوى فى ذلك اللفظ والإشارة والكتابة وغير ذلك مادام يؤدى إلى معرفة الرضا .

٢٢٣- التعاقد بالأفعال :

ويسمى التعاطى ، والجمهور على جوازه بشروط وهى : أن يتضمن التعاطى الرضاء ، وأن يكون التعاطى من الجانبين ، وأن يكون محل العقد قليل القيمة ، وأن يجرى العرف بذلك لمصلحة فيه كسهولة التعامل به فى سلع معينة معروضة كبيع الخضروات والخبز والسلع الاستهلاكية المحدودة التى عليها أسعارها ولا يحتاج الأمر عرفا غير أخذها وإعطاء ثمنها لمالكها أو لعارضها .

(١) وهم الشافعية والحنابلة

(٢) المادة (١٥٠) يمنى .

أما الشافعية وبعض آخر من الفقهاء فلم يجوزوا التعاقد بالأفعال لأن الأفعال لا تدل على الرضا لغة وإن دلت عرفا لأن هذا العرف يمكن التشكيك فيه وهذا الشك ينافى تمام الرضاء ولا تصح الصيغة مع الشك فى الرضا فلذا يمنع التعاقد بالفعل لهذا السبب .

٢٢٤- الشروط المطلوبة لصحة الصيغة فى العقد :

وهذه الشروط هى : توافق الإيجاب والقبول على محل واحد وصدورهما فى مجلس العقد ، وبقاء الإيجاب قائما حتى يتم القبول .

٢٢٥- ولابد لصحة الصيغة من توافق الإيجاب والقبول فى اللفظ والمعنى بأن يكون القبول بعد الإيجاب واردًا على ما تضمنته عبارة الإيجاب . ولهذا فلا تصح الصيغة إذا كان القبول واردًا على جزء الإيجاب دون الكل حتى ولو كان الإيجاب قد ورد على أمرين منفصلين تمام الانفصال ، فمثلا لو باع شخص سلعتين بثمن واحد فقبل المشترى فى إحداهما بقسطه من الثمن لم تصح الصيغة ولم ينعقد العقد ولم يترتب عليه آثاره الشرعية الأصلية .

إلا أنه لا يشترط التطابق الصريح بين الإيجاب والقبول بل ينعقد العقد ولو كان التطابق ضمنيًا وفى هذه الحالة لا يلزم من العقد إلا فيما تطابقا فيه أى العاقدين. ومثال ذلك ما إذا باع شخص لآخر سلعة بثمن معين فقبل المشترى بأزيد من ذلك الثمن حيث ينعقد العقد ولكن لا يلزم المشترى سوى الثمن الذى حدده البائع ولذا لا يحق للبائع أن يتمسك بما قبل به المشترى ويطالب بالزيادة عند دفع المشترى الثمن الذى حدده البائع وهذا ما لم يكن البائع قد قبل الزيادة فى المجلس فإذا قبل فإنها تصير لازمة أيضا لأن نص المشترى عليها يعتبر إيجابا جديدا منه بالزيادة يحتاج إلى قبول البائع فإذا قبل لزمت الزيادة بهذه الصيغة الثانية وتنضم إلى الأولى ويلتزم الجميع بالصيغتين معًا .

٢٢٦- تنجيز الصيغة :

ولا يشترط فى الصيغة أن تكون منجزة وإن كان التنجيز هو الأصل فيصح أن

تكون مقيدة بشـرط من كلا الطرفين بحيث لا يتعارض مع المقـصود من العقد ولا يعطل الآثار المتـرتبة عليـه . فشرط تأجيـل الثمن فى البيـع وشرط مكان التسليم وميعاده وشرط الوقت إذا كان البيع موصوفا فى الذمة كل ذلك صحيح ويجب الوفاء به شرعا وقضاء .

٢٢٧- العقود المنجزة :

وجميع العقـود تصح منجزة فى الحال سواء كانت تمليكـا أو منفعة أو إعارة أو هبة أو وثيقة كالرهن والكفالة أو إسـقاطا كالطلاق أو إبراء كالدين كالإبرار من الدين .

٢٢٨- العقود التى لا تقبل التنجيز :

ولا يخرج عن التنجيز بحيث لا يصح إلا مضافا إلى المستقبل إلا الوصية وهى التصرف فى التركة مضافا إلـى ما بعد الموت ، والإيصاء وهو أن يعهد الإنسان إلى غيره برعـاية شئون أولاده الصغار المالـية بعد وفاته ؛ لأن طبيـعة مثل هذه العقود هى الإضافة إلى ما بعد الموت فلو عقـد منجزًا كان مضافًا ضمنا رجوعا إلى الأصل . فلو قـال إنسان أوصيـت بمالى إلى الجهات الخـيرية صح العـقد وكان مضـافا فإذا تمسكت الجـهات الموصى إليها بـالقبض والتمليك فـى حياة الموصى بعد الـقبول وعارض فى ذلك المـوصى كان من حقه ذلـك . فلو قبل تسليم الموصى به إلى الموصـى له كان ذلك هبة أو تبرعا حـال الحياة ولا يكون وصية ولكن العقد لا يلزم إلا بعد القبض .

٢٢٩- العقود التى لا تقبل إضافة الصيغة أو تعليقها :

وإذا كان الأصل أن جميع العـقود ما عدا الوصية والإيصاء تصـح منجزة وغير منجزة فإنه على العكس من ذلك بعضها من حيث الإضافة والتعليق لأن هناك عقـودا لا تقبل الإضافة أو الـتعليق وهى : عقـود الزواج وعقود التـمليك فى الحال عند الحنفية وهى البيع والهبة ؛ والصلح على مال ، والإبراء من الدين ، والقسـمة والشـركة ، والخلع من جـانب الزوجة . ومـا عدا ذلك يصح فـيه

التنجيز والإضافة إلى المستقبل وهذا يشمل عقود المنافع وما فى حكمها ، وعقود الاستيثاق كالرهن والكفالة ، وعقود الحفظ والحراسة والوديعة ، وعقود الإسقاط كالطلاق والخلع من جانب الزوج ، والتصرف الذى يؤدى إلى إطلاق الإذن للغير بالتصرف فى أمر ما ، والوكالة ، والإذن بالعمل فى الوظائف العامة أو الخاصة .

٢٣٠- الفرق بين الإضافة والتعليق :

وحكم التعليق فى العقد هو حكم الإضافة فيما سبق إلا أن الفرق بين التصرف المضاف والتصرف المعلق هو أن التصرف المضاف يتم بتمام صيغته والذى يتأخر إنما هو ترتب الآثار كلها أو بعضها . فى حين أن التصرف المعلق لا يكون له وجود أصلاً ولا تتم الصيغة فيه إلا عند وجود الأمر المعلق عليه ومن هنا سميت الصيغة معلقة .

٢٣١- اجتماع التعليق والإضافة فى صيغة واحدة :

ويمكن أن يتحقق اجتماع الإضافة والتعليق فى عقد واحد كمن يوصى بشقه فى عقار يملكه لشخص إذا تزوج بابنة عمه أو بابنته أو أخته مثلا على أن لا تستحق الوصية إلا بعد سنة من تاريخ الزواج ففى هذا المثال قبل زواجه من المعلق بزواجها الوصية ليست موصى له بها وبعد الزواج يصبح موصى له قطعا ولكن يتأخر الاستحقاق حتى تنتهى المدة التى شرطها الموصى سواء تم الزواج فى حياة الموصى أو بعد مماته .

٢٣٢- شروط صحة التعليق :

ويشترط فى التعليق أن يكون الأمر المعلق عليه غير موجود ويمكن وجوده فى المستقبل ، وألا يكون على مشيئة غير معلومة كمشيئة الله تعالى ، وألا يفصل بين صيغة التعليق فاصل بغير عذر فإذا تم الفصل كانت الصيغة منجزة لا معلقة كمن قال لمدينه أبرأتك من الدين الذى لى عليك ثم سكت وبعد مدة قال إن تبين لى من الحساب الختامى لتجارتى أن أرباحى مساوية لرأس مالى أو تزيد.

فالإبراء فى هذه الصيغة منجز ويسرى فى الحال ويبرأ المدين من دينه ولا يعد معلقا لوجود الفاصل بغير عذر . فإن كان يعذر كمن سكت فترة قبل تمام الصيغة لضيق نفس مثلا وما فى حكم ذلك صحت الصيغة معلقة مع هذا الفاصل .

مجلس العقد :

ومجلس العقد المراد به عند الجمهور هو الوقت الذى يتم فيه التقاء الإيجاب بالقبول سواء تحقق ذلك اللقاء فى مكان واحد يجمع الموجب بالقابل أو كان الإيجاب فى مكان والقبول فى مكان آخر ما دام الاتصال تم فى زمن واحد حيث يحل الزمن عندهم محل المكان مادام المتعاقدين مشتغلين فيه بالتعاقد وإن بعدت المسافة بينهما بذلك يصح عند الجمهور التعاقد فى مجلس واحد كما يصح لو تعدد المجلس ليمكن التعاقد بطريق الهاتف والمراسلة. ويرى الشافعية: إلى أن مجلس العقد لايتحقق إلا إذا اتحد مجلس الإيجاب والقبول (الصيغة) وهذا لا يتم إلا إذا اتحد المكان الذى يضم الإيجاب والقبول معًا لأن هذا هو الذى يتصور معه تلاقى الإيجاب بالقبول على وجه الحقيقة ولهذا شرطوا عدم الفصل بين الإيجاب والقبول إلا بعذر معتبر شرعا أو عرفا .

الفرع الثانى

المعقود عليه [1] (محل الصيغة أو العقد)

٢٣٣- **والمعقود** عليه هو الركن الثانى من أركان العقد ولا تتم الماهية إلا به لأن المعقود عليه هو المحل الذى تقع عليه صيغة العقد لأنه لا بد للصيغة من محل تقع عليه يكون بيانا لها وإلاّ لكانت لغواً لم تفد معنى. وهناك عدة شروط لا بد من توافرها فى هذا المحل أى فى محل العقد وهى : أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا ، وأن يكون محقق الوجود عند إنشاء العقد ، وأن يكون مقدوراً على تسليمه ، وأن يكون معلومًا . (مادة ١٨٤ مدنى يمنى) .

٢٣٤- الشرط الأول :

لا بد لصحة العقد من صحة كل أجزائه . والركن جزء ولهذا فلا بد لصحته من صحة المعقود عليه وهذا يتطلب أن يكون من الأمور التى يجيز الشارع الإسلامى التعامل بها - (مادة ١٨٥ ، ١٩٤) - سواء كان هذا المحل عينا أو دينا أو منفعة . وتطبيقا لذلك فلا يصح التعاقد على شىء محرم - (مادة ١٨٥) - من جهة الشارع الإسلامى كالخمر والخنزير سواء كان لمسلم أو لغيره ، وإن كان بعض الفقهاء يجيز ذلك لغير المسلمين فيما يدينون بحله عندهم كالخمر والخنزير عند المسيحيين أو الذميين فى تعاملهم فيها بعضهم مع بعض لجوازها عندهم فى شريعتهم .

كما لا يصح التعاقد على فعل محرم كاستئجار شخص لقتل معصوم الدم ، أو استئجاره للنياحة على الميت ، أو استئجاره امرأة للزنا ؛ لأن ذلك محرم منهى عنه شرعا بأمر واجب وهو من الأمور التكليفية التى لا يصح الاتفاق على مخالفتها لأنه من الحقوق العامة الكلية . وهذا يشبه ما يطلق عليه فقهاء

---

(١) تكلمت المادة ١٤٥ فقرة ٣ من القانون المدنى اليمنى عن المعقود عليه .

القانون الوضعى بالنظام العام والآداب التى لا يصح مخالفتها ولا يمكن العقد بالاتفاق على مخالفتها .

ويدخل فى ذلك الأمور التكليفية الواجبة على الإنسان أن يفعلها بنفسه سواء كان ذلك واجبا عينيا أو على سبيل الكفاية أى الواجب الكفائى : ولذا لا يصح التعاقد على الاستئجار لمن يحج عنه إذا كان مستطيعا بنفسه ولا الاستئجار فى الجهاد مع المسلم - (مادة ١٨٧) - لأنه وإن وجب على سبيل الكفاية أصلا إلا أنه يتعين عليه بمجرد تجنيده فى جيش المجاهدين أو المدافعين عن البلاد لأن الواجب الكفائى يتعين بالتعيين .

ولا يصح التعاقد على الأموال التى ماتزال على الإباحة الأصلية (مادة ١٨٦) كإحياء الموات والاصطياد لخروجها عن دائرة التعامل ما دامت فى هذه الحالة ومن حازها فإنما يحوزها لنفسه وتصير ملكا له بحيازته لابسبب تمليك الغير له إياها .

وتطبيقا على هذا الشرط أيضا تبطل الوكالة فى الأحوال التي لا تصلح فيها النيابة عن الغير -(مادة ١٧٣)- كالشهادات والأيمان، فلا يصح أن ينوب شاهد مكان شاهد ولو بعقد وإذا عقد عقد بشأنها كان باطلا ؛ لأن الشهادة كاليمين تتعلق العقيدة والضمير ومن تجب عليه يتعين عليه أن يحلفها بنفسه ولا تصح إنابته لغيره فيها . والشهادة قد تطلب عند أدائها اليمين .

٢٣٥- الشرط الثاني لصحة المعقود عليه :

أن يكون المعقود عليه موجوداً عند التعاقد[1] وهذا الشرط يوجبه الأحناف والشافعية فى سائر العقود الواردة على ما عدا المنفعة لأنه لا يتصور وجودها عند العقد إذ هى إنما توجد شيئا فشيئا . وأصل هذا الشرط ما ورد فى السنة من أن النبى ﷺ نهى عن بيع المعدوم .

(١) وهذا ما أخذ به القانون الإثبات اليمنى فى المادة ١٨٨ مدنى .

وتطبيقا على هذا الشرط منع الأحناف بيع المعدوم (مادة ٧٨) ولو فى السلم فإنه وإن كانت السلعة فى بيع السلم مؤجلة إلا أنه يشترط لصحته عندهم وجود السلعة فى الأسواق من وقت التعاقد إلى وقت التسليم ، فلو انقطعت فى أى وقت من الأوقات خلال هذه المدة بطل العقد ، ولذلك قرروا عدم جواز بيع حمل الحيوان ولو كان ظاهرا لأن وجوده غير محقق وقد يولد ميتا .

وقد استثنى متأخرو الحنفية من تطبيقات هذا الشرط على الخضر والفاكهة التى لا تظهر كلهادفعة واحدة بل تظهر شيئا فشيئا فأجاروا بيعها كلها ما ظهر منها وما لم يظهر إذا ظهرت البواكير ،وذلك استحسان على خلاف القياس لحاجة الناس إلى ذلك البيع فعجلوا ما ظهر منها هو المعقود عليه الأصلى وما لم يظهر تابع له كبيع الحيوان بحمله .

أما المالكية فإنهم لا يشترطون هذا الشرط فى عقود التبرعات كالهبة ولافى عقود الوثيقة كالرهن والكفالة .

وأما الحنابلة فإنهم لا يشترطونه أصلا ويستغنون عن اشتراطه باشتراط أن يكون المعقود عليه مما لا يحتمل الغرر ، وذلك بأن يكون موجودا فى الحال عند التعاقد أو مؤكد الوجود فى المستقبل ، فلو كان مما يحتمل الوجود وعدمه أوشك فى وجوده مستقبلا لم يصح العقد عليه . وهذا هو الأصح المتفق مع رأى الجمهور وما ترجحه فى العمل للأخذ به .

٢٣٦- الشرط الثالث من شروط المعقود عليه :

أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه عند التعاقد -(مادة ١٩٢)- فإذا لم يتحقق هذا الشرط ولو كان لعارض لم ينعقد العقد . والعبرة فى القدرة المشروطة هى القدرة الميسرة لا مطلق القدرة ، حتى إنه لو كان لا يقدر على تسليمه إلا بمشقة زائدة لا تحتمل فى العادة فإن ذلك فى حكم المقدور عليه .

ومثال عدم القدرة على التسليم أصلا بيع الحيوان الشارد أو الطير فى الهواء والسيارة المسروقة التى لا يعرف سارقها ولا مكانها .

ومثال القدرة على التسليم مع المشقة الزائدة عن حدّها بيع الحيوان الهائج (مادة ١٩) كالثور الذى يؤذى كل من يقترب منه ، والفرس الجامح الذى لا يستطيع أحد ركوبه أو قيادته ، والسمك الذى صيد ثم ألقى فى بحيرة صناعية خاصة لا يقدر على إمساكه منها إلا باصطياده من جديد .

ويعمم الأحناف والشافعية هذا الشرط فى عقود المعاوضات والتبرعات على السواء . أما المالكية فقد قصروا هذا الشرط على عقود المعاوضات وتجاوزوا عنه فى التبرعات والوثائق ولذا صح عندهم هبة الحيوان الشارد ورهنه ، وحجتهم فى ذلك أن الموهوب له أو الدائن إن لم يستفد من الهبة أو الرهن فلن يضره شىء على أية حال وتلك حجة وجيهة وجديرة بالاعتبار .

٢٣٧- الشرط الرابع من شروط المعقود عليه :

أن يكون المعقود عليه معلوما علما نافيا للجهالة المفضية إلى النزاع (مادة ١٨٩-فقرة ٣ ، والمادة ١٨٩) والمراد بالجهالة هنا هو الجهالة الفاحشة وهى التى لا يعرف معها جنس المعقود عليه ونوعه كمن يبيع لإنسان حيوانًا من غير أن يبين ما هو ولا جنسه ولا نوعه إذا كان غير مرئى للمشترى كأن يقول لآخر بعتك الحيوان الذى أملكه بمبلغ كذا ولا يعرف المشترى أى نوع من الحيوان يملكه . فإذا قبل المشترى تكون الصيغة الواقعة على المحل غير صحيحة وبالتالى يبطل العقد ولا يصح البيع . وهذا النوع من الجهالة يفسد جميع أنواع العقود ما عدا «الكفالة» أما الجهالة اليسيرة وهى التى تغتفر ويتسامح فيها عرفًا وعادة كجهالة الوصف عند العلم بالجنس والنوع فإنها تؤثر فى بعض العقود وهى : عقود المعاوضات غير المالية كعقود الزواج ، وعقود المصالحات لأن المقصود منها قطع المنازعة . وعقود التبرعات والإسقاطات. ولكنها تؤثر[1] فى عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار

(١) أى الجهالة اليسيرة .

وقد استثنى الفقهاء عقد الكفالة من شرط العلم وأجازوا بالإجماع الكفالة بالمعلوم والمجهول سواء كان هذا المجهول مجهولاً جهالة فاحشة أو غير معين أصلا كما إذا كفل رجل إنسانا لجميع ديونه التى يعجز عن وفائها سواء منها ما أخذه فعلا وما سيتحمل به فى المستقبل .

وعند الحنفية الذين يفرقون بين الباطل والفاسد إذا تخلف شرط من الشروط الثلاثة الأول «وهى : المشروعية وتحقق الوجود والقدرة ، على التسليم ، كان العقد باطلا ، وأما إذا تخلف الرابع وهو كونه معلوما علما نافيا للجهالة المفضية إلى النزاع فسد العقد لعدم فوات المحل على الجملة . ويمكن تصحيح العقد الفاسد عندهم إذا تحقق هذا العلم أو زالت الجهالة فى أى وقت بعد العقد ورضى الطرفان بذلك .

الفرع الثالث

العاقدان

٢٣٨- والمراد بالعاقدين طرفا العقد اللذان يكون من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول واللذان يكونان صيغة العقد التى تكلمنا عنها وعن شروطها من قبل فى الفرع الأول .

وعلى ذلك فلا نتصور وجود الصيغة بدون منشئ لها ومن هنا احتاج الأمر بالضرورة إلى وجود العاقدين كركن من ماهية العقد طبقا لرأى الجمهور الذى سرنا عليه فى دراستنا هذه للعقد .

والمراد بالعاقدين هما طرفا العقد (مادة ١٦١) سواء كان هذا العقد لأنفسهما أو لغيرهما وسواء كان ذلك بالنيابة أو بغيرها وإن كانت صحة العقد تتوقف على أن يكون عاقدة له صفة الحق فى العقد إما أصلا أو نيابة عند فريق من الفقهاء، فإذا كان غير ذا صفة لم يصح العقد لأننا قد اشترطنا فى المعقود عليه أن يكون مقدوراً على تسليمه وبيع غير المملوك غير مقدور عليه شرعًا فى الحال . وأما الفريق الآخر فقد صحح العقد وجعله موقوفا على إجازة من له الحق فى إجارته فإذا أجازه كان العقد صحيحا من الأصل ونفذت آثاره بين أطرافه بعد الإجازة .

فالعاقد سواء كان موجبا أو قابلا إما أن يبرم العقد لنفسه ، وإما أن يبرمه لحساب غيره ، فإن كان يبرم العقد لنفسه وجب أن تكون لديه أهلية إبرامه ، وأما إن كان يبرمه لحساب غيره فيجب زيادة على توافر شرط الأهلية أن تكون لديه سلطة أو ولاية إبرام هذا العقد . وهذه السلطة أو الولاية قد يكون مصدرها الشرع كولاية الأب على ابنه الصغير والجد على حفيده . وقد يكون مصدرها الاتفاق كولاية الوكيل فى إبرام العقد لحساب موكله ، وقد يكون مصدرها القضاء كولاية وصى القاضى .

فإذا أقدم العاقد على إبرام العقد دون أن تكون له ولاية مما سبق فإنه يسمى فضوليًا عند الفقهاء وبعضهم صحح عقده وجعله موقوفا على الإجازة وبعضهم أبطله كما سبق القول .

فالشافعية والحنابلة يبطلون تصرفات الفضولى فى جميع عقوده ، وإن أجازها صاحب الشأن ، لأن العقد الباطل لا يصير صحيحا بمثل هذه الإجازة لأن الفضولى ليس مالكًا ولا مأذونا له فى التصرف لا من الشارع ولا من المالك .

وقد استند الشافعية والحنابلة لحكمهم هذا بما روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الشيء ثم يمضى إلى السوق فيشتريه ويسلمه ، فسأل النبى ﷺ عن ذلك فأجابه عليه الصلاة والسلام بقوله : «لا تبع ماليس عندك »؛ أى مالا تملكه .

وأما المالكية والأحناف (وبقولهم أخذ القانون اليمنى مادة ١٦٩) فإنهم يصححون عقود الفضولى وإن كان يتوقف نفاذها على إجازة صاحب الشأن فإذا أجازها نفذت فى حقه وإن ردها بطلت منذ انعقادها استدلالا بما روى عن عروة البارقى رضى الله عنه «أن النبى ﷺ أعطاه دينارًا ليشترى له به شاة فاشترى به شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار فى الطريق . قال فأتيت النبى ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته فقال: « **بارك الله لك فى صفقة يمينك**» .

ويرد أصحاب هذا الرأى رأى الفريق الأول بأن حديث حكيم بن حزام محمول على بيع الإنسان ماليس عنده لحساب نفسه لا لحساب مالكه ، ويؤيد ذلك سبب الحديث فقد كان حكيم بن حزام يبيع الشيء الذى لا يملكه لنفسه ، ثم يذهب إلى السوق فيشتريه من المالك ويسلمه للمشترى ، والفضولى يبيع الشيء المملوك لغيره لحساب ذلك الغير ، أى أنه ينوى بيعه لمالكه لا لنفسه ، فلا يطبق عليه هذا الحديث .

الأساس الفقهى عند الحنفية والمالكية فى صحة بيع الفضولى : والأساس الفقهى عند الحنفية والمالكية هو أن العقد إذا صدر من أهله فى محله حكم بانعقاده صحيحا ، ثم بعد ذلك يتوقف نفاذه على إذن صاحب الشأن إذا عقد

بغير إذنه ولا ضـرر فى هذا على أحد ، بل إن فيه مصلـحة له وإلا رده فبطل وانعدمت فى حقه آثاره . وأمـا الفضولى فتصان عبارتـه وتصرفه عن العبث . وأما المتعاقد مع الفضولى فإنه يقـدم على التعاقد ظنا منه بأن المصلحة فى ذلك العقد . ثم إن عقد الفضولى له مجـيز حال وقوعه فوجب أن يقف نفاذه على إجازته قياسا على الوصية .

وإن رد الشافعية والحـنابلة ذلك القياس بأن الوصية لا يشترط لـها مجيز وقت انعقادها بـخلاف البيع والشراء وعقـود المبادلات المالية ، ثم إن الوصـية يجوز فيها الغرر الكثـير بخلاف عقود المعاوضات المالية وحـديث عروة محمول على أنه كان وكيلا عاما كما هو الحال من الحديث .

وعلى كل فـإننا نرى أن الخلاف بين الـطرفين نظرى فقط لأن الجـميع يشـترط الأهلية عند تـصرف الإنسان لحساب نفـسه أما التصـرف لحساب الغير بـنفسه فيعـتبره الفريق الأول وكـيلا إما بإذن صريح أو ضـمنى ويعتبره الفـريق الثانى تصرفا فـضوليا وذلك يجمع بـين الأدلة الصحيحة لعـدم الترجيح بينهـما متى أمكن أولى من إعمال أحدهما وإهمال الباقى بدون مرجح قوى .

ولما كانت أهليـة العاقدين ضرورية لانعـقاد العقد وصـحته ونفاذه فقـد اقتضى الأمر أن نتكلم عن الأهلية وحدودها وشروطـها ومتى تكون كاملة ومتى تكون ناقصة وذلك بالتفصيل فى مقصد مستقل هو مقصد الأهلية .

المقصد الرابع

الأهلية وعوارضها

٢٣٩- **تمهيد** : عرفنا فيما سبق من دراستنا عن الكلام عن الأحكام الشرعية أن الحاكم هو الله وأن المحكوم به هو ذلك الحكم الصادر من الشارع الإسلامى وهو الله . ولما كانت أفعال العباد هى نطاق الحكم ومجاله حيث عرفنا الحكم بأنه خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين ، فقد اشترط الجمهور قدرة من يوجه إليه التكليف وهو الخطاب على فهم هذا الخطاب .

والمراد بالفهم تصور معانى الألفاظ التى بها التكليف ؛ وذلك لأن من غرض الشارع بتوجيه الخطاب هو العمل أو دفع الحجة بين الناس **﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾** وكلا الأمرين محال ممن لا شعور له وطلب المحال محال . ويدل على هذا المعنى قوله تعالى : **﴿وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم﴾** .

ويلزم من اشتراط الفهم الذى يناط به التكليف اشتراط العقل . ولما لم يكن ذلك له قدر منضبط يناط به التكليف إذ هو درجات بعضها فوق بعض اعتبر الشارع له مناطًا منضبطًا وهو البلوغ عاقلا . ويعرف كونه عاقلاً بما يصدر عنه من الأفعال التى يعتبرها العقلاء من الناس . ولما كان الإنسان يتقلب فى أدوار بالنسبة لاستقلاله وعقله رأى بعض الفقهاء أن يذكروا أحكامه من بدء تكونه إلى تمام عقله فقسموا حياته إلى أدوار أربعة .

الأول – دور الجنين .

الثانى – دور الانفصال إلى التمييز .

الثالث – دور التمييز إلى البلوغ .

الرابع – دور البلوغ .

الفرع الأول

الأهلية

٢٤٠- **الأهلية التى محلها الإنسان** نوعان أهلية وجوب للحقوق المشروعة له وعليه (مادة٤٩ فقرة ١) - وأهلية أداء - (مادة ٤٩ فقرة ٤) - وهى كونه معتبراً فعله شرعًا .

وأهلية الوجوب تكون بالذمة وهى الوصف الشرعى الذى يكون به الإنسان محلا لأن يجب له وعليه . وأهلية الأداء بالعقل وهى قاصرة لقصوره وكاملة بكماله ، والثابت معها وجوب الأداء وستتكلم بتوضيح عن الأدوار الإنسانية باعتبار قسمى الأهلية .

٢٤١- **الدور الأول - دور الجنين : (أهلية الوجوب الناقصة)**

الجنين إذا نظر إليه من حيث كونه جزءًا من أمه يقر بقرارها وينتقل بانتقالها نحكم بعدم استقلاله ؛ فتنتفى عنه الذمة فلا يجب له ولا عليه . وإذا نظر إليه من جهة كونه نفسًا بحياة نحكم بثبوت الذمة له فهو أهل لأن يجب له وعليه عند الحنفية ، ولم يمكنهم أن يرجحوا إحدى الجهتين على الأخرى من كل جهة فعاملوه من كونه جزءًا من أمه بعدم أهليته للوجوب عليه ، وعاملوه من جهة استقلاله «بالوجوب له» ، ولذلك تصح الوصية له ويرث ويلتحق نسبه بمن ينتسب إليه ، ولا يجب فى ماله ثمن ما اشتراه له الولى .

ونحن نرى أن الجنين لا إرث له حالة كونه جنينًا لأن سبب الإرث الولد وشرطه الانفصال حَيًّا فلا يثبت له المال الموروث إلا بالانفصال حيا ، ولذلك لو انفصل ميتا لا يوزع المال على ورثته ، وإنما يوزع على ورثة المورث كأن الجنين لم يكن .وكذلك الأمر فى الوصية حيث إن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصى لا إلى ورثة الجنين .

٢٤٢- الدور الثانى - دور الانفصال إلى التمييز : (أهلية وجوب كاملة وأداء حقيقية)

ومتى انفصل الجنين حيا ثبت استقلاله وأصبحت ذمته كاملة وصار أهلا لأن يجب له وعليه .

أ- فإن كان المقصود مما يلزم الذمة مجرد المال ثبت فى ذمته ، وذلك كمال الغرم المالى فيما هو من حقوق العباد ، والعوض فى المعاوضات المالية والمؤن كالعشر والخراج ، ولا نظر إلى ما فيها من العبادة والعقوبة لأنه ليس بمقصود وكذا الصّلات التى تشبه المؤن كنفقة القريب والصلات التى تشبه العوض كنفقة الزوجة . أما الصلات التى تشبه العقوبات فلا تجب فى ماله كالعقل فى الدية.

ب- وإن كان المقصود مما يلزم الذمة هو الأداء فإنه لا يلزم الصغير ذمته لعجزه عن ذلك كالعبادات وهى : الصلاة، والصوم ، والزكاة ، وما فى حكمها لأن إجابها للابتداء بالأداء اختياراً وهو ليس من أهله ، ومن هنا أسقط محمد بن الحسن عن الصغير زكاة الفطر ترجيحا لمعنى العبادة ورجح الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف فيها جانب المؤنة ولذلك أوجبوا عليه زكاة الفطر فى ماله إن كان له مال.

جـ- وإذا كان المقصود مما يلزمه العقوبة فلا تلزم ذمته كالقصاص وكحرمانه من الإرث بقتله مورثه لأن العقوبة جزاء التقصير بعد الحكم بالتكليف وهو لم يكلف بعد .

٢٤٣- الدور الثالث - دور التمييز إلى البلوغ :

وفى هذا الدور يثبت للإنسان أهلية الأداء القاصرة دون الأهلية الكاملة وذلك لنقصان عقله وقصوره . والذى يثبت مع الأهلية القاصرة نوعان :

الأول : حق الله وهو إما حسن لا يحتمل حسنه القبح كالإيمان وإما قبيح لا يحتمل قبحه الحسن كالكفر ، وإما متردد بينهما كالعبادات والعادات .

الثاني : حق العبد وهو إما فيه نفع محض كالهبة له ، وإما فيه ضرر محض كالهبة منه ، وإما متردد بين النفع والضرر كالبيع .

٣٤٤- أولاً : فإن كان حقا لله حسنا لا يحتمل حسنه القبح :

وهو الإيمان «صح منه متى وجد لأن فيه نفعا محضا له ».

وإن كان حقا لله لا يحتمل قبحه الحسن وهو الكفر فإنه يصح منه أيضًا بالنسبة لأحكام الآخرة ، وكذلك بالنسبة لأحكام الدنيا على رأى الإمام أبى حنيفة والإمام محمد بن الحسن . وقال أبو يوسف : لا يصح منه الكفر بالنسبة لأحكام الدنيا لأنه ضرر محض ، وذلك مقتضى القياس .

وينبنى على الرأى الأول - وهو صحة الكفر من الصغير المميز بالنسبة لأحكام الدنيا والآخرة أن امرأته المسلمة تبين منه بعد الكفر كما يحرم من ميراث مورثه المسلم ، لكنه لا يقتل بالكفر لأن القتل معلول بكون المرتد محاربًا وليس الصبى من أهل الحرابة . كما أنه لا يقتل أيضًا بعد بلوغه إذا استمر على ردّته لأن فى صحة إسلامه خلافا بين العلماء أورث شبهة فيه ، وعليه يلزم استتابته من جديد بعد بلوغه كما يفعل مع المرتد البالغ قبل قتله .

وإن كان حقا لله مترددا بين الحسن والقبيح كالعبادات البدنية صحت منه وذلك لما فيها من المصلحة الأخروية إلا أنها لا تستتبع عهدة ، فلو شرع فى صلاة لا يلزمه المضى فيها ، ولو أفسدها لا يجب عليه قضاؤها .

٣٤٥- ثانيًا - وإن كان حقًا للعبد وهو نفع محض :

صحت مباشرته له من غير حاجة إلى إذن وليه كقبول الهبة والصدقة ، وتجب أجرته على غيره إذا آجر نفسه وعمل وإن حكمنا بأن العقد باطل لأن بطلان العقد حق للصبى حتى لا يلحقه ضرر قد يترتب على إجرائه العقد وحده وإمضائه ، وعمله عند الغير بأجر نفع له ، أو قابل البطلان عند الحنفية لأنه يحتاج إلى إذن الولى. وكذلك تصبح وكالته بلا عهدة أو ضمان لأن ذلك نفع محض له إذ يكسبه ذلك إحسان التصرف والتدريب على أعمال الحياة

ومخاطرها، وقد انتفت جهة الضرر وهى لزوم العهدة عليه فنحض النفع له وإلى ذلك الإشارة بقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ ومعنى الابتلاء الاختبار بالتصرف قبل البلوغ لقوله تعالى فى تمام الآية : ﴿حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ وإن كان الحق للعبد خالصا ولكن فى مباشرته ضررًا محضًا فإن الصبى المميز لا يملكه ولو أذن وليه فيه، كما لا يملكه غيره من ولى ووصى وقاض لأن ذلك ولاية وولاية غيره عليه نظرية وليس من النظر عليه إثباتها فيما هو ضرر محض فى حقه وذلك كالطلاق والهبة والصدقة من ماله .

أما إذا كان مترددا بين النفع والضرر فإنه يملكه ولكن مع إذن وليه لأنه أهل لحكم هذه التصرفات إذ أنه يملك البدل إذا باشرها وليه ، كما أنه أهل لإجراء هذه التصرفات حيث صحت وكالته بها وفيها نفع من حيث تحصيل مقصوده .

ولما لوحظ أن هناك قصورا ما بالنسبة لعدم اكتمال العقل والبلوغ فقد ضمن إلى ذلك إذن وليه لينجبر هذا القصور كما فى البيع والإجارة والنكاح لأن فيها احتمال الربح والخسران وهذا على أساس قواعد الأحناف الذين يفرقون بين الباطل والفاسد . أما الجمهور فإنهم يبطلون عقود الصبي بنفسه فى جميع الأحوال .

٢٤٦- الدور الرابع - دور البلوغ :

وبعد بلوغ الصبى تتم أهليته كاملة من حيث الأداء والتحمل إلا أنه قد يتعرض لعوارض تؤثر فى هذه الأهلية ومن هنا وجب الكلام عن بيان هذه العوارض بالتفصيل فيما سيأتى بعد .

الفرع الثانى

عوارض الأهلية

٢٤٧- وعوارض الأهلية نوعان :

أ- عوارض سماوية أى ليست من قبل العبد ولا هى واقعة باختياره .

ب- وعوارض مكتسبة أى واقعة باختيار العبد سواء كانت آتية من قبل نفسه أو من قبل غيره .

٢٤٨- العوارض السماوية :

وعوارض الأهلية السماوية خمسة وهى : الجنون ، والعته ، والنسيان، والنوم، والإغماء - الجنون : - (مادة ٥٥ مدنى يمنى) .

والجنون وهو اختلال فى العقل يمنع من جريان الأفعال والأقوال على نهجه وهو ينافى شرط العبادات وهو النية فلا تصح منه ولا تجب عليه على تفصيل فيه (مادة ٥٦).

والجنون إما ممتد وإما غير ممتد ، وهو إما طارئ وإما أصلى والامتداد ليس له ضابط عام وإنما يختلف باختلاف العبادات ، فبالنسبة إلى الصلاة يتحقق الامتداد بالزيادة على يوم وليلة عند الإمام أبى حنيفة وأبى يوسف وست عند الإمام محمد بن الحسن ، وفى الصوم باستغراق الشهر ليله ونهاره ، وفى الزكاة باستغراق الحول كله . وقال أبو يوسف الأكثر يأخذ حكم الكل .

فإن كان الجنون مبتدأ سقط معه وجوب العبادات فلا تستقل بها ذمته وإن كان غيرممتد وهو طارئ لم يمنع التكليف لأنه عارض يمنع فهم الخطاب زال قبل الامتداد ، ولأنه لا ينفى أصل الوجوب بالذمة وهى ثابتة له ، ولذلك يرث ويملك ، ومتى وجد الوجوب باشتغال الذمة لزمته المطالبة لكنها سقطت فى الجنون الممتد لأن الأداء غير ممكن لانتفاء شرطه والقضاء يلزمه وهو مرفوع .

وإن كان غير ممتد وهو أصلى فحكمه عند الإمام محمد حكم الممتد لأنه أفاد الإسقاط بكل من الامتداد والأصالة ، وقال أبو يوسف "حكمه كالطارئ إناطة للإسقاط بالامتداد".

٢- العارض الثانى من العوارض السماوية (العته) : وهواختلال فى العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين ، وكذا سائر أموره وحكم المعتوه حكم الصبي المميز فى جميع ماذكر له عند الحنفية . أما عند الجمهور فحكمه حكم المجنون .

٣- النسيان : وهو العارض الثالث وهو عدم استحضار الشىء فى وقت الحاجة إليه وهو لا ينافى أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء لكمال العقل . وليس عذرا فى حقوق العباد ولهذا صح بيع الناسى وشراؤه .

أما حقوق الله فلها جهتان :

الأولى : المؤاخذة وهى عذر فيها لقوله ﷺ : **(وضع عنى أمتى الخطأ والنسيان)**، لأن العقوبة الأخروية إنما تكون لقصد الجريمة وهو منتف عنه .

وأما الجهة الثانية : وهى براءة الذمة فإن فعله يترتب عليه حكمه بشرطين :

الأول - أن يكون هناك مذكر للناسى بما هو بصدده .

والثانى - ألا يكون هناك داع للفعل الذى فعله وذلك كأكل المصلى وكلامه فكلاهما مفسد للصلاة ، لأن حالة المصلى مذكرته بصلاته ولا داعى يدعوه إلى الأكل فى ذلك الوقت فتبطل صلاته ويجب عليه الإعادة .

فإن فقد أحد الشرطين لم يترتب على فعل الناسى حكمه كأكل الصائم ، فإنه لا مذكر له والطبع داع للأكل ولذا صح الصوم مع أن الأكل ينافى الصوم .

٤- النوم - وهو عارض يمنع فهم الخطاب فأوجب تأخير خطاب الأداء ولكنه لا ينافى أصل الوجوب لعدم إخلاله بالذمة ، ولذا فقد وجب القضاء وأوجب إبطال عباراته .

٥- الإغماء - وهو العارض الخامس من عوارض السماء وهو يمنع فهم الخطاب فوق منع النوم له فلزمه ما لزم النوم ولكونه يزيد عنه جعلوه ناقضًا للوضوء فى جميع الأحوال .

- عوارض الأهلية المكتسبة -

٢٤٩- وعوارض الأهلية المكتسبة هى :

١- السكر .

٢- الهزل .

٣- السفه .

٤- الخطأ .

٥- الإكراه .

٢٥٠- السكر :

وهو غيبة العقل من خمر أو ما يشبهه حتى يختلط الكلام ويحصل الهذيان وينقسم بحسب طريقه إلى نوعين .

الأول- ما طريقه غير محظور كسكر المضطر إلى شرب الخمر ، والسكر الحاصل من تعاطى الأدوية كمخدر لإجراء عملية مثلا أو للعلاج ، وهذا حكمه أنه مماثل للإغماء لا يصح معه تصرف مطلقًا .

الثانى- ما طريقه محرم وهذا لا يبطل التكليف وعلى ذلك يلزم السكران المعتدى بسكره الأحكام وتصحح عباراته فى الطلاق والبيع والإقرار والإقراض والاستقراض ؛ وذلك لأن العقل قائم أصلا وكل ما فى الأمر أن عرض فوات فهم الخطاب بمعصية فيبقى التكليف فى حق الإثم ويجب القضاء للعبادات التى تقتضى القضاء شرعا .

واذا أقر السكران بما يحتمل الرجوع لا يعمل به كما لو أقر بزنا أو شرب خمر أو سرقة لأن حاله يوجب رجوعه وإن كان يضمن المسروق لأنه حق للعبد لا يحتمل الرجوع .

أما إذا أقر بما لا يحتمل الرجوع كالقصاص والقذف وغيرهما أو باشر سبب الحد بأن زنى أو سرق أو قذف وثبت ذلك عليه بالبينة التى لا شبهة فيها حسب ما هو موضح فى مكانه اقتص منه وحد حد الزنا والقذف إذا فاق من سكره .

وهذا عند الجمهور من الفقهاء أما البعض الآخر ومنهم ابن تيمية فإنهم يرون غير ذلك ويبطلون تصرفات السكران فى العقود لا فيما يوجب الحدود .

والخلاصة أن الفقهاء لم يجعلوا السكر مسقطا للتكليف ، ولا مضيعا للحقوق ولا محققا لمقدار الجرائم التى تصدر من السكران لأنه جريمة والجريمة لا يصح أن يستفيد منها صاحبها لأن المنهى عنه شرعًا يجب الكف عنه فإذا باشره باختياره وإرادته الحرة كان مدركا للآثار التى يمكن أن تترتب على ما سيرتكبه من فعل منهى عنه ولذلك عومل شرعًا على هذا الأساس وكان أهلا لتحمله بأهلية الوجوب والأداء كاملة .

٢٥١- الهزل :

والهزل هو ألا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقى ولا المجازى ، وهو المسمى فى عرف الناس الآن «بالعقود الصورية» .

والذى يدخله الهزل من الأقوال ثلاثة :

١- إنشاءات .

٢- إخبارات .

٣- اعتقادات .

٢٥٢- الهزل فى الإنشاءات :

والإنشاءات هو إحداث السبب الذى يستعقب حكما شرعيا ، وهذه الأسباب قسمان :

أ- أسباب يمكن نقضها .

ب- أسباب لا يمكن نقضها .

٢٥٣- أولا : فالأسباب التى يمكن نقضها هى كالبيع والإيجار ، وتحقق الهزل لا بد فيه من المواضعة أى اتفاق الطرفين على أن اللفظ قصد به الهزل .

١- فإن كان على أصل العقد بأن اتفق العاقدان على التكلم بلفظ العقد ولا يريدان حكمه واتفقا بعد وقوعه أنهما كانا مصرين حين العقد على المواضعة كان حكم العقد كحكم ما شرط فيه الخيار لهما مؤيدا لأنهما قد رضيا بمباشرة العقد ولم يرضيا بحكمه ؛ فالعقد يكون فاسدًا ولا يفيد الملك بالقبض لعدم اختيار الحكم شرعا . وإذا نقضه أحدهما انتقض وليس لواحد منهما الاستقلال بإجازته ، فإذا أجازاه جاز مطلقا عند الصاحبين وبشرط أن تكون الإجازة فى بحر الأيام الثلاثة التالية للعقد عند الإمام أبى حنيفة . أما إذا اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء حين العقد أو اختلفا فقال أحدهما كنا معرضين عن المواضعة حين العقد وقال الآخر كنا مصرين عليها ، فالعقد عند أبى حنيفة صحيح عملا بأن الأصل فى العقود الصحة واللزوم حتى يقوم المعارض ، والمواضعة عارض ولم يتفقا عليه فلم يتأكد معارضته للأصل .

والعقد فاسد عند الصاحبين لأنهما اتفقا على حصول المواضعة ولم يتفقا على رفعها ، والعادة جرت بالبناء عليها متى سبقت فى معارض قوى لأصل الصحة فى العقود ، وأما إذا اتفقا على أنهما أعرضا حين العقد عن المواضعة وبنيا العقد على الجد فإنه صحيح اتفاقا .

٢- وإن كانت المواضعة على قدر العوض بأن تواضعا على البيع بألفين والثمن فى الحقيقة ألف ، فأبو حنيفة لا يعمل بمقتضى ما ذكر فى العقد سواء اتفقا على بقاء المواضعة حين العقد أو اتفقا على الإعراض عن المواضعة .

والفرق عنده بين الاتفاق على البناء هنا حيث قال بفساد العقد أن العمل بالمواضعة هنا يجعل قبول أحد الألفين شرطا لقبول البيع بالألف فكأنه قال له : بعتك بألفين على ألا يجب أحدهما . وهذا شرط فاسد لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما وهو مفسد للعقد .

٣- وإن كانت المواضعة على جنس الثمن بأن اتفقا على إظهار العقد بمائة دينار وهو بينهما بألف درهم فاتفقوا على اعتبار ما ذكر فى العقد وهو مائة دينار وإلغاء المواضعة لزم اعتبار ماذكر فى العقد من الثمن عند الصاحبين ولا معنى لإبطال هذا العقد الجدى ويمكن التصحيح فى القدر إلى الثمن الحقيقى مع اعتبار المواضعة لأن العقد بالأقل المتواضع عليه يندرج فى الأكثر المظهر .

٢٥٤- ثانيا الأسباب التى لا يمكن نقضها :

١- أسباب لا مال فيها .

٢- وأسباب فيها مال تبعًا .

٣- وأسباب فيها مال مقصود .

فإن كانت ممّا لا مال فيه كالطلاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كانت صحيحة والهزل باطل لأن المتكلم وقد رضى بالسبب الذى وضع شرعًا يستلزم مسببا ، بدليل أنه لا يصح فيه شرط الخيار ومتى رضى به لا يلزم رضاه بمسببه لأنه واقع شرعًا لا محالة ؛ لحديث: « **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق**» .

وإن كان فيه مال تبعا بأن يثبت بدون ذكره كالنكاح فقد يتواضعان على الأصل أو على القدر أو على الجنس . فإن تواضعا على أصل النكاح ألغيت المواضعة ولزم النكاح مطلقا لعدم تأثير الهزل فيه بالنص .

وإن تواضعا على القدر واتفقا على البناء عمل بالمواضعة لا بما ذكر فى العقد ، ولا تجيء العلة التى جعلت الإمام يقول فى المواضعة على قدر الثمن أنه يعمل بما ذكر فى العقد ، لأن النكاح لا تؤثر فى صحته الشروط الفاسدة بخلاف البيع . وإن اتفقا على أنهما لم يحضرهما شيء أو اختلفا فى الإعراض والبناء عمل بما ذكر فى العقد - على ما رواه أبو يوسف عن الإمام - كالبيوع وكذلك إن اتفقا على الإعراض .

وإن تواضعا عل الجنس واتفقا على البناء وجب مهر المثل لخلو العقد عن مهر إذ المسمى هزل ولا يثبت بالهزل المال ، والمتواضع عليه لم يذكر فى العقد . وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شئ، أو اختلفا فى الإعراض والبناء فالواجب المسمى فى العقد كالبيع والمواضعة باطلة . وعند الصاحبين يجب مهر المثل لترجيحهما بخلو العقد عن مهر وبالخلو يجب مهر المثل .

وإن كان فيه مال مقصود كالخلع على مال والصلح عن دم العمد ، واتفقا على الإعراض واختلفا فيه وفى البناء لزم الطلاق والمال اتفاقا .

وإن اتفقا على البناء فكذلك الحكم عند الصاحبين لأن المال وإن لم يثبت بالهزل لكنه تبع للطلاق من جهة أنه مستغنى عنه لولا القصد إلى ذكره ، فإذا ثبت المتضمن وهو الطلاق ثبت ما فى ضمنه وهو المال . والتبعية من هذه الجهة لا تنافى أنه المقصود بالمعنى السابق وهو أنه لا يثبت إلا بالذكر .

وعند أبى حنيفة يتوقف الطلاق على مشيئة الزوجة أى الطلاق بالمسمى على طريق الجد وإسقاط الهزل لأنه يمكن العمل بالمواضعة بناء على أن الخلع لا تفسده الشروط الفاسدة ، والشرط الفاسد هنا أن يتعلق الطلاق بجميع البدل ولا يقع فى الحال بل يتوقف على اختيار وإنما لم يتوقف على اختياره هو أيضا لأن الخلع من جانب الزوج يمين وهو لا يحتمل شرط الخيار ، فإذا هزل به كان هزله كشرط الخيار لها وحكم الصلح عن الدم حكم الطلاق .

وتسليم الشفعة هزلاً إن كان قبل طلب المواثبة فهو كالسكوت فيبطلها . وإن كان بعده بطل التسليم فتبقى الشفعة لأن تسليمها من جنس ما يبطل بالخيار لأنه فى معنى التجارة بكونه استيفاء أحد العوضين على ملكه فيتوقف على الرضا بالحكم والهزل ينفيه .

ومثل تسليم الشفعة إبراء المديون الكفيل لأن فى هذا الإبراء معنى التمليك وهو يرتد بالرد فيؤثر فى هذا الهزل .

٢٥٥- الهزل فى الإخبارات والاعتقادات :

الهزل فى الإخبارات عامة يبطلها لأن الإقرار يعتمد صحة المخبر به والهزل ينافى ذلك ويدل على عدمه . كذلك الهزل فى الاعتقادات . ما عدا الردة فقد حكم بردة من قال كلمة الكفر هازلا وذلك لاستخفافه حيث عومل بنقيض قصده .

السفه :-

٢٥٦- والسفه خفة فى الإنسان تبعثه على العمل فى ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلال العقل .

والسفه لا ينافى شيئًا من الأحكام الشرعية ، فالسفيه يتوجه إليه الخطاب بحقوق الله وحقوق العباد - إلا أن الشريعة راعت ما فيه المصلحة فقررت أن يمنع حرية التصرف فى ماله حفاظا له . وفى ذلك تفصيل بيانه :-

إذا قارب السفيه بلوغه منع عنه ماله إجماعا ، لقوله تعالى: **﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا﴾** ثم علق المال لهم على إيناس الرشد فقال : **﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾** .

واعتبر أبو يوسف ومحمد حقيقة الرشد مهما امتد زمن السفه ولا يعطى ماله وإن بلغ من السن ما بلغ ما دام السفه باقيا فيه .

وجعل أبو حنيفة الرشد مظنة وهى بلوغه خمسا وعشرين سنة لأنه لا بد فيها من حصول رشد لمضى زمن التجربة وهو الشرط لأنه ورد فى الكتاب منكرًا .

أما الحجر عليه وهو أن يمنع نفاذ تصرفاته القولية المحتملة للفسخ ففيه خلاف أيضا فقال أبو يوسف ومحمد : يحجر على السفيه نظرًا لأن فيه صيانة ماله والحاكم إنما نصب لينظر إلى مصلحة من لاقدرة له من المسلمين .

وقال أبو حنيفة لا يحجر على السفيه بالنسبة لتصرفاته القولية لأن الحجر وإن

ترتب عليه مصلحة يترتب عليه مفسدة تربو عليها وهى إهدار أهلية الحر الذى يلحقه بالجمادات وغاية السفه أن يفتقر ويتجرد من المال ، ولا يجوز على الأدنى وهو المال إهدار الأعلى وهو الأهلية .

وجمهور الفقهاء يخالفون أبا حنيفة حيث رجحوا الحجر لأن النص القاضى بمنع السفيه من ماله حكمته الخوف من أن يتلفه وإذا لم يحجر عليه بوقف تصرفاته أمكنه أن يتلفه بتلك التصرفات القولية فلا يفيد منع المال منه - وليست مصلحة الحجر قاصرة عليه بل فيها مصلحة عامة وهى دفع الضرر عن الناس لأنه لو لم يحجر عليه لأمكنه أن يلبس عليهم فيقرضونه فيتلف أموالهم ، والمصلحة الخاصة تهدر إذا عارضت المصلحة العامة ولذلك أوجبوا الحجر على الطبيب الجاهل والمفتى الذى يعلم الناس الحيل وإن فى ذلك إضاعة لحريتهم لكنه يدرأ عن العامة مفاسد قد تلحق بهم فى دينهم أو دنياهم .

الخطأ :

٢٥٧- والخطأ أن يقصد الإنسان بالفعل غير العمل الذى تقصد به الجناية مثاله - صائم تمضمض فسرى الماء إلى حلقه ، ورام صيدا أصاب إنسانا فإن الصائم قاصد إدخال الماء إلى فيه لا إلى حلقه الذى هو محل الجناية والرامى قاصد الطير لا الإنسان . والخطأ فيه جناية عدم التثبت ، ولذا يؤاخذ به من هذه الجهة فلا تقدر العقوبة فيه بمقدار الجريمة نفسها وإنما يقدر عدم التثبيت الذى أدى إلى حصولها .

٢٥٨- والحقوق بالنسبة للخطأ نوعان :

١- حقوق لله .

٢- حقوق للعبد .

فأما حقوق الله : فقد جعل الشارع الخطأ عذرًا فيها إذا اجتهد لأنه تثبت على قدر ما يمكنه فرضا ، وجعله شبهة تدرأ العقوبات فلا يؤاخذ المخطئ بحد ولا

قصاص لما ذكرنا من أن العقوبة فيه على قدر الجريمة نفسها .

وأما حقوق العبد: فليس الخطأ عذرًا فيها فيضمن المتلف خطأ قيمة ما أتلف وعليه الدية فى القتل لأنها تعويض مالى عما أصاب ورثة المقتول من الضرر ولكن خفف عنه هذا التعويض فوجبت الدية مخففة ، ولما فيه من التقصير وجب ما تردد بين العقوبة والعبادة وهو الكفارة .

الإكراه :

٢٥٩- والإكراه حمل الإنسان غيره على مالا يرضاه قولا أو فعلا بحيث لو خلى ونفسه لما باشره . والإكراه ينافى الاختيار الصحيح المنبعث عن رغبة وإرادة حرة وقد قسم الحنفية الإكراه إلى قسمين :

الأول : إكراه ملجئ . . وهو أن يكون السبب الذى به الإضرار إلى الفعل يفوت نفسًا أو عضواً وغلب على الفعل حصوله .

الثانى : إكراه غير ملجئ . . وهو أن يكون السبب الذى به التهديد ضربا لا يقضى إلى التلف عضو أو نفس .

والإكراه الأول يفسد الاختيار ويعدم الرضا ، والثانى يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار .

٢٦٠- أثر الإكراه :

المكره عليه ثلاثة أقسام :

الأول - أقوال لا تقبل الفسخ .

الثانى - أقوال تقبله .

الثالث - أفعال .

فأما القسم الأول : فلا تأثير للإكراه فيه من حيث نفاذه ، فإذا أكره على طلاق زوجته نفذ سواء كان الإكراه ملجئا أو غير ملجئ . وإذا قارنه إتلاف مالى

ضمنه . وهذا هو رأى الحنفية ، وقد خالفهم فى ذلك سائر الأئمة المجتهدين لأنهم لم يروا تحميل القائل تبعة قوله مع ظهور أنه لم يفعله رغبة فيه ولا اختيار له وإنما هو بسلطان قاس لم يجد حيلة فى دفعه عنه . ويدل على ذلك حديث : (رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه) .

وأما القسم الثانى : فأثر الإكراه فيه الإفساد مع الانعقاد لوجود المحلية فإذا باع أو أقر مكرها كان البيع فاسداً والإقرار لاغيا لقيام القرينة على عدم صدق الخبر ، وسواء فى ذلك الإكراه الملجئ وغيره .

وأما القسم الثالث: فيتنوع إلى نوعين :

النوع الأول : ما لا يمكن فيه أن يكون الفاعل آلة للحامل ، وهنا لا محل للإكراه فيه بل يلزم الفاعل حكمه ويقتصر عليه . ومثال ذلك الزنا ، وإفساد الصوم ، وشرب الخمر فيفسد الصوم ، ولكن لما كان الزنا والشرب يوجبان حداً والحدود تسقط بالشبهات لم يوجبوا على الفاعل حدا .

النوع الثانى: ما يمكن أن يكون فيه الفاعل آلة للحامل وهذا على وجهين :
أحدهما : أن يلزم على اعتبار الفاعل آلة تبدل محل الجناية الذى يستلزم مخالفة الحامل فيما أكره عليه والمخالفة تنتج ببطلان الإكراه لأنه متى خالف فقد أفعل طائعا لا مكرها وهذا حكمه كالنوع الأول وإليك مثالين فى هذا :

أ- أكره محمد غيره على قتل صيد والقتل جناية فى الإحرام فالحامل وهو المكره أراد من الفاعل وهو المكره بالفتح الجناية على إحرام نفسه فلو جعلنا الفاعل آلة للحامل كان الفعل جناية على إحرام الحامل وهو غير ما أكره عليه فيبطل الإكراه ، لذلك قالوا إن الفاعل ضامن جزاء كالقتل من الصيد ، وإنما أشركوا معه الحامل فى الضمان لأنه فوق الدال على الصيد ، وقد ضمنوا الدال فهذا أولى .

ب- أكره شخص آخر على بيع ماله وتسليمه له فى الحال فقد أراد الحامل (المكره) من الفاعل (المكره) أن يبيع ويسلم والتسليم هو أثر البيع فلو جعلنا

الفاعل آلة فى التسليم الحامل تبدل الحال لأنه يصير هذا التسليم تسليم مغصوب اغتصبه الحامل ثم سلم إلى المشترى وليس هذا هو المقصود بالإكراه ولذلك قالوا إن التسليم ينسب للفاعل فيلتحق بالعقد الفاسد فيملكه المشترى ملكا فاسدا كسائر البيوع الفاسدة .

ثانيهما: ألا يلزم على اعتباره آلة تبدل محل الجناية وهذا فيه تفصيل بين أن يكون الإكراه ملجئا أو غير ملجئ .

فإن كان ملجئا نسب الفعل إلى الحامل ابتداء ومثال ذلك الإكراه على إتلاف مال أو إتلاف نفس فيلزم الحامل ضمان المال ويقتص منه وحده فى القتل العمد كما هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، ويلزمه الكفارة وأسقط عنه أبو يوسف القصاص لأن العلة وهى مباشرة الجناية لم توجد ، ومن هذه الجهة وهى مباشرة الجناية لم توجد ، ومن هذه الجهة وهى المباشرة قال زفر بالقصاص من الفاعل وحده لأنه هو المباشر والمباشرة هى العلة فى ثبوت القصاص .

وإن كان القتل خطأ كما لو أكرهه على رمى الصيد صيد فأصاب إنسانا لزمت الدية على عاقلة الحامل ويحرم الحامل من الميراث إذا أكره على قتل من يرثه الحامل ولا يحرم الفاعل من الإرث إذا أكره على قتل من يرثه ، ويأثم كل من الفاعل والحامل فى العمد والخطأ لعدم التثبت أما الحامل فلحمله وأما الفاعل فلأنه آثر حياة نفسه على من هو مثله ، وفى الخطأ لعدم التثبيت .

وإن كان الإكراه غير ملجئ اقتصر الحكم على الفاعل لعدم فساد اختياره فيضمن ما أتلفه من الأموال ويقتص منه فى القتل العمد .

وإذ قد بينا أصل الحنفية فى الإكراه فلنبين أصل الشافعية فيه لأنه أيسر وأصدق وقد قسم الشافعى الإكراه إلى قسمين :

١- إكراه بحق .

٢- إكراه بغير حق .

فإن كان إكراها بحق لا تنقطع نسبة الفعل عن الفاعل فيصح الإكراه على بيع المدين القادر على وفاء دينه ماله للإيفاء ، ويصح طلاق المولى من زوجته بعد انقضاء المدة مع الإكراه من القاضى .

وإن كان بغير حق فهو على نوعين .

الأول : الإكراه على فعل أباح الشارع الإقدام عليه بسبب الإكراه وهذا حكمه أن تنقطع نسبة الفعل عن الفاعل سواء كان قولا أو فعلا لأن صحة القول إما تكون بقصد المعنى ، وصحة العمل إنما تكون باختياره والإكراه يفسدها ونسبة الفعل إلى الفاعل من غير رضاه إضرار به ، والعصمة تدفعه ، ثم إذا أمكنت نسبته إلى الحامل نسب إليه كما لو أكره إنسانا على إتلاف مال غيره ، كان الضامن هو الحامل . وإذا لم يمكن نسبته إلى الحامل لنا ، كما لو أكره على طلاق أو بيع أو إقرار .

النوع الثانى : الإكراه على فعل لم يبح الشارع الإقدام عليه بالإكراه كالقتل والزنا والضرب المبرح والحبس وهذا لا تنقطع نسبته عن الفاعل فيقتص من الفاعل لمباشرة القتل كما يقتص من الفاعل لتسببه .

المبحث الثالث

نظرية الحق والواجب

٢٦١- تمهيد :

سبق أن بينا أن الفقه الإسلامى فرع من فروع الشريعة الإسلامية وعرفناه بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من الأدلة التفصيلية وبذا يكون موضوع الفقه هو الجانب العملى من الشريعة الإسلامية أو بمفهوم آخر هو التكاليف الشرعية ، العملية التى كلفنا الله بها فى التشريع الإسلامى . والمقصود بالتكاليف العملية أى التى تدخل فى أفعال المكلفين سواء منها ما يدخل فى باب العبادات لله أو ما يدخل فى باب الجنايات أو ما يدخل منها فى باب العلاقات الاجتماعية أو الشخصية وسواء ما يتعلق بالفرد وحده أو ما يخص الفرد وخالقه .

وهذه التكاليف منها ما هو فى جانب المطلوب فعله ومنها ما هو فى جانب المطلوب تركه ومنها ما هو متروك لحرية الإنسان المكلف .

وهذه التكاليف كلها إنما تدخل تحت مفهوم التكاليف الشرعية أو الحقوق والواجبات فى الإسلام .

٢٦٢- تعريف الحق عند الفقهاء :

والواقع أن فقهاء الشريعة القدامى لم يتعرضوا لتعريف الحق صراحة فى كتبهم إلا أنه على ضوء ما كتبوه عند كلامهم عن المحكوم فيه نستطيع أن نعرفه بأنه : «مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقررها المشرع الحكيم».

وهذا التعريف يتفق مع علماء القانون الوضعى حيث قد عرفوه بأنه : «مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون» .

٢٦٣- تعريف الواجب :

وأما الواجب فهو لغة الثابت اللازم من وجب وجوبا إذا ثبت ولزم . وهو عند الفقهاء ما يثاب المرء بفعله ويعاقب على تركه .

٢٦٤- تقسيم الحقوق فى الشريعة الإسلامية :

والحق باعتبار صاحبه ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

١- حق الله .

٢- وحق الإنسان .

٣- وما اجتمع فيه الحقان ، حق الله وحق الإنسان .

القسم الأول
حق الله

٢٦٥- **والقسم الأول** من الحقوق هـو حق الله سبحانه وتعالـى ويعرف هذا النوع من الحقوق بأنه أمر الله ونهيه إذ المفهوم من قولنا الصلاة حق الله تعالى : وأنه عز وجل أمرنا بها إذ لو فرضنا أن الصلاة غيـر مأمور بها لم يصدق عليها أنها حق الله تعالى .

وحق الله تعالى يطلق ويراد منه الحق العام ونظيره فى القوانين الوضعية القواعد المتعلقـة بالنظام العام والآداب التى لا يجوز الاتفـاق على مخالفتـها . وسمى هذا الحق عـاما لعمـومه وشمـوله إذ المقصـود به هو حمـاية المجتمع لـترتب المصالح العامة عليه من غير اختصاص بأحد سواء كان ذلك فى سبيل الواجبات أو المنهيـات . وحق الله سواء قصدنا به تعـظيم الله أو التقرب إليه بـه كما فى العبادات الخالصة أو قـصدنا به حماية المجتمع يطلق عليه الأصـوليون والفقهاء الحق العام إذ أنه لا يختـص به واحد دون آخر بل المصلحـة فيه عامة وصـيانته تعتبر شركة بين أفراد المجتمع .

ويمثل الحق العام فى الإسلام بالنسبة للجانب السلبى والمنهى عنه جرائم الحدود فى الشريعـة الإسلامية وهى : الزنـا ، والقذف ،وشرب الخمر ، والـسرقة ، والحرابة ، والردة ، والبغى كما يراه جمهور الفقهاء .

وقد عرفت الحدود هذه بالكليات الخمس عند فقهاء الشافعية حيث تكلموا عن السرقة والحرابة ، فى كتاب واحد وجعلوا الحـرابة بابا من السرقة وتابعا لها أما البغاة فإنهـم يدخلون تحت القاعدة الكلية وهى المحافـظة على الدين والكليات الخمس هى : الدين - والـنفس - والنسب - والعقل - والمال - وللمـحافظة على هذه الكليات شـرعت الحدود والحدود موانع من ارتكاب الجـرائم كما هو فى اللغة فالحد فى اللغة هو المنع . وعند الفـقهاء هو : العقوبة المقدرة حقا لله

تعالى . ولذا شرعت هذه الحدود حفظا لهذه الأمور فشرع القصاص حفظا للنفس ، وشرع قتل المرتد حفظا للدين ، وشرع الجلد أو الرجم حفظا للنسب، وشرع الجلد عند القذف حفظا للعرض، وشرع الضرب أو الجلد عند الشرب حفظا للعقل وشرع قطع اليد عند السرقة حفظا للمال وشرع القتل وقطع الأيدى والأرجل من امتنع فى الحرابة حفظا للأمن العام .

فإذا علم القاتل أنه إذا قَتَل قُتِل امتنع عن القتل ولذلك قال الله سبحانه وتعالى: ﴿**ولكم فى القصاص حياة**﴾[1] وقال العرب فى حكمهم «القتل أنفى للقتل» وإذا علم الشخص أنه إذا ارتد عن دين الإسلام قتل انكف عن الردة وفكر طويلا وطويلا قبل الإقدام عليها خوفا على حياته وظل أو رجع بسرعة إلى حظيرة الإيمان والأمان . وإذا علم الشخص أنه إذا زنا جلد أو رجم حتى الموت انكف عن الزنا وبعد عنه ، وإذا علم شارب الخمر أو المسكر أنه إذا شرب أو تناول مسكرًا جلد وعوقب على هذا رجع وانتهى عن الشرب أو المسكر وفاء إلى قول الله تعالى : ﴿**إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون**﴾[2] وإذا علم الشخص أنه إذا اعتدى على مال الغير وأخذه سرقة قطعت يده انكف عنها ، وإذا علم المرء أنه إذا قذف عرض غيره حد وعوقب امتنع عن الإيذاء والاعتداء على أعراض الآخرين . ومن هنا كان الحد في اللغة المنع لمنع المحدود أو غيره من ارتكاب هذه الجرائم الموجبة للحدود ولذا سمى البواب بوابا لأنه يمنع من يدخل الدار من غير أهلها ، وكذلك سمى الحديد حديدًا لمنعه من السلاح ووصوله إلى لابسه وحد الشيء يمنع أن يدخل فيه ما ليس منه وأن يخرج منه ما هو فيه وهذا هو المعنى اللغوى ، وهو يتفق مع المعنى الفقهى الذى أوضحناه سابقا لأن الشرع يمنع المحدود من العود إلى ما كان قد ارتكبه وبالنسبة لغيره فهو عبرة له وزجرًا فيخاف من الإقدام عليه وقد أطلق على السجان حدادًا لهذا السبب .

---

(١) من سورة البقرة الآية ١٧٩ .

(٢) سورة المائدة الآية ٩٠ .

ويطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود وعلى عقوباتها فيقال ارتكب الجانى حدا ويقال عقوبته حد وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة فإنما يقصد تعريف الجريمة بعقوبتها أى أنها جريمة ذات عقوبة مقدرة شرعًا . فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية .

ويرى بعض الفقهاء أن الحد هو العقوبة المقدرة شرعًا ويدخل تحت الحد بهذا المعنى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأن عقوباتها جميعا مقدرة شرعًا والمشهور هو تخصيص لفظ الحد على جرائم الحدود وعقوباتها دون غيرها وتعريف عقوبة الحد بأنها العقوبة المقدرة حقا لله تعالى يؤدى إلى هذا التخصيص وبهذا التعريف تخرج العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية لأن هذه العقوبات وإن كانت مقدرة شرعا إلا أنها مقدرة حقا للأفراد وكذلك تخرج عقوبات جرائم التعازيز لأنها جميعا غير مقدرة .

ومعنى أن العقوبة مقدرة أن المشرع بين نوعها وحدد مقدارها ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولى الأمر أو القاضى .

ومعنى أن العقوبة مقدرة حقا لله تعالى : أنها مقدرة لصالح الجماعة وحماية نظامها . والفقهاء حينما ينسبون العقوبة لله جل وشأنه ويقولون إنها حق الله يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة .

وتعتبر العقوبة حقا لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة ، وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم فكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة وتعود منفعة عقوبتها إليهم تعتبر العقوبة المقدرة عليها حقا لله تأكيدًا لتحصيل المنفعة ورفع المضرة والفساد لأن اعتبار العقوبة لله يؤدى إلى عدم إسقاطها بإسقاط الأفراد لها .

٢٢٦- الجناية والحد :

يعبر بعض الفقهاء عن جريمة الحد بلفظ الجناية ويكتبون عن جرائم الحدود تحت عنوان الجنايات وذلك لأن الجناية مرادف اصطلاحا للفظ الجريمة تبعا لمفهوم

المعنى اللغوى . فهـو فى اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما يكتسبه فهو فى الاصطلاح اسم لفعل محرم شرعًا .

ولما كانت الحـدود جرائم فقد صح أن تسمى بالجنايات ولا يغير من ذلك أن عقوباتها مقـدرة لأن تسمية الجريمة بالحد إنما هى تسميـة مجازية ومن هنا فكل جناية حد ولا عكس أى ليس كل جناية حدًا لأن من الجنايات جرائم التعازير. وهى ليست حدا وإلا وقع الفقهاء فى تناقض لم يقولوا به أبدا ولذا فإن الجريمة لا تكون حدا إلا إذا كانت عقوبتها مقدرة حقا لله تعالى .

٢٦٧- وقد حصر فقهاء المذهب الحنفى حق الله سبحانه وتعالى فى أقسام ثمانية :

الأول : عبادات خالصة وذلك مثل الإيمان أى النطق بالشهادتين : شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محـمدًا رسول الله ، عن اعـتقاد صحـيح واختيـار والصلاة والزكاة والصـوم والحج والجهاد لأن كل هذه العبـادات فيها تعظيم لله سـبحانه وتعالى وشكر له وتقرب إليه وسميت هذه العبادات خالصة لخلوها عما يشوبها من معانى المؤنـة والعقوبة . والإيمان يصح بدونها بيـنما هى لا تصح بدونه إذا التقرب إلى الله سبحانه وتعالى لا يتصور إلا من إنسان آمن بالله وصدق به .

الثانى : عبادة فيها معنى المؤنة وذلك مثل صدقة الفطر فهى عبادة من حيث أنها تؤدى تقربًا إلى الله سبـحانه وتعالى وتعظيما لذاته وجـلاله . وهى أيضا مؤنة من حيث إنها تجب على الإنسان بسبب الغير فالرجل الثرى عندما يخرجها عن أولاده فإنما يخرجها بسببهم . والمعهـود فى العبادات عدم وجوبها بسبب الغير بل هى مؤنتهم .

الثالث : مؤنة فيها معنى العبادة كالعشر ونـصف العشر الواجبان زكاة فيما تنبته الأرض من الزروع والثمار ، فالعشر مـؤنة لأنه ينفق منه على المجاهدين الذين يمحـون الأوطان وعلى المحتاجين الذيـن بفضل دعائهم أمطـر الناس ويرزقون فهو يجب على الإنسان فيما تنبته أرضه بسبب حاجة الغير إليه .

وأما معنى العبادات فى العشور فلأن المزكى يدفعه تقربًا إلى الله سبحانه وتعالى

ولأنه يصرف فى مصارف الزكاة . ولما كان في العشر معنى العبادة لم يشرع ولم يفرض على الكافر ابتداء لأنه ليس أهلا للعبادة .

الرابع : مؤنة فيها معنى العقوبة وقد مثل لها العلماء بالخراج الذى يؤخذ كضريبة على الأرض الخراجية وإنما كان الخراج مؤنة لأن به دوام الأرض فى يد أصحابها ولأنه ينفق على حماية هذه الأرض والدفاع عنها كما ينفق على المصالح العامة كإقامة القناطر والجسور . وإنما كان فى هذا القسم معنى العقوبة لأن المشتغلين ، بزراعة هذه الأرض واستثمارها قد انقطعوا عن شرف الجهاد فى سبيل الله بسببها فلذلك عوقبوا بدفع الخراج لما فيه من الذلة والصغار ومن ثم لا يصح أن يوجب الخراج ابتداء على المسلمين لما فيه من ذل وصغار واحتقار وامتهان والمسلم ليس أهلا لذلك كله لقوله تعالى **﴿ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين﴾** .

الخامس : عقوبات محضة أى خالصة وذلك كالحدود غير حد القذف لأن الحدود حقوق لله سبحانه وتعالى لوجوبها زجراً عن ارتكاب موجباتها ولتطهير المجتمع من الجرائم ولذا فإنها لا تسقط بإسقاط أحد لها لأنها من النظام الذى لا يجوز مخالفته ،إنما اعتبرت الحدود عقوبات كاملة متمحضة للعقوبات لأنها آلام تلحق البدن من جلد أو قتل أو قطع ولأنه ليس فيها ما يشوبها من معان أخرى كالعبادة أو المؤنة .

السادس : عقوبات قاصرة وقد مثل لها العلماء بحرمان القاتل من الميراث زجراً وإنما اعتبر هذا النوع من حقوق الله تعالى لأنه لا نفع فيه للمقتول ولا لأحد واعتبرت هذه العقوبة قاصرة لأن القاتل فى الواقع لم يلحقه ألم ببدنه ولا نقصان فى ماله بهذه العقوبة كل ما هنالك أنه منع من تملك مال جديد فى تركة مورثه .

السابع : حق اجتمع فيه كل من معنى العبادة والعقوبة ومثال ذلك الكفارات ككفارة قتل الصيد فى الإحرام بالحج وكفارة الحنث فى اليمين وكفارة الإفطار فى رمضان وكفارة القتل وكفارة الظهار. أما أن هذه الكفارات قد اجتمع فيها

المعنيان معنى العبادة ومعنى العقوبة فلأن فيها الصوم والصوم عبادة وكذلك الإطعام ولأن من وجبت عليه كفارة فيها فإنه يؤمر بأدائها بنفسه كما أنه لا يجبر على القيام بها قياسا على عدم إجباره على أداء العبادات وأما معنى العقوبة فلأنها تجب جزاء على المعاصى المذكورة آنفا للزجر عن ارتكابها وللتوبة عنها .

وقد قرر العلماء أن الكفارات جميعها ما عدا كفارة الظهار والفطر فى رمضان والحنث فى اليمين يغلب فيها جانب العبادة لأنها تجب على أصحاب الأعذار كالمخطئ والمكره ولو كانت جهة العقوبة فيها هى الراجحة لامتنع وجوبها على المعذور لكونه غير مستحق لإيقاع العقوبة عليه وهذا بخلاف كفارة الظهار التى يغلب فيها جانب العقوبة إذ الظهار منكر من القول وزور لقوله تعالى فيه **﴿وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾** . وأيضا كفارة الحنث فى اليمين مغلب فيها جانب العقوبة لقوله تعالى: **﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾** وكذلك كفارة الفطر فى رمضان . والدليل على تغليب جانب العقوبة فيها قول النبى ﷺ : **«ومن أفطر فى رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر»**.

الثامن من حقوق الله الخالصة :

الحق القائم بنفسه ومعنى كونه قائما بنفسه أنه ثابت لله سبحانه وتعالى بحكم ربوبيته وألوهيته ومثال هذا القسم خمس الغنائم أى المال الذى يؤخذ من محاربى المسلمين قهراً أو قسراً لأن الله سبحانه وتعالى قد حكم . . وهو خير الحاكمين بأن أربعة أخماس مايؤخذ من المال يعطى للغانمين من باب التفضل عليهم من الله بسبب جهادهم لأنهم يجاهدون فى سبيل الله وقد باعوا أنفسهم وأموالهم لهم كما يقول سبحانه تعالى : **﴿إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة﴾** وحكم الله أن الخمس الباقى يصرف للمساكين وابن السبيل ، قال تعالى : **﴿واعلموا أنما غنمتم من شىء فإن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾** وجعل سبحانه وتعالى ولى

الأمر نائبا عن الشارع الحكيم فى صرف هذا الخمس للمستحقين .

ولعل السبب الذى من أجله قرر فقهاء المذهب الحنفى أن خمس الغنائم حق قائم بنفسه هو أن الجهاد المشروع ما كان فى سبيل الله لتكون كلمة الله هى العليا وكلمة الذين كفروا السفلى ومن ثم يكون نصيب الغانمين وكذا الفقراء حقوق واجبة ابتداء بحكم الله سبحانه وتعالى.

والدليل على أن خمس الغنائم حق خالص لله قائم بذاته وليس واجبا علينا هو أنه يجوز أن يصرف هذا الخمس إلى من استحقوا أربعة أخماس الغنيمة عند حاجتهم إليه . فلو أن هذا الخمس كان حقا علينا لما جاز صرفه - إلى مستحقى أربعة أخماس الغنيمة كما هو الحال فى الزكاة الواجب إخراجها علينا؛ فإن الزكاة لا ترد بحال إلى من أداها حتى وإن افتقر إليها . فمثلا لو سلمها إلى مستحقيها بعد أن حال الحول على ما عنده ثم افتقر إليها قبل توزيعها على مستحقيها من الفقراء فإنه لا حق له فى استردادها وصرفها فى حاجة نفسه . فدل هذا على أن الخمس ليس واجبا علينا أداؤه بل هو حق قائم بنفسه .

ومثال الخمس فى كونه حقا لله تعالى قائما بنفسه الركاز وهو ما وجد فى باطن الأرض سواء كان معدنا أو كنزا لأن خمسه يعتبر حقا لله قائما بنفسه يدفع إلى مستحقيه .

٢٦٨- الأحكام الثابتة لحق الله تعالى :

ويترتب على ثبوت حق الله سبحانه وتعالى واستقراره حكمان أو أمران :

الأول - عدم قبوله للإسقاط بعفو أو صلح أو بغيرهما أو تبديله وتغييره وعلى ذلك فإنه ليس للمرأة أن تسقط حرمة الزنا بالنسبة لها كما أنه ليس للمسروق منه أن يسقط حد السرقة عن السارق لأن هذه الحقوق ليست ملكا لأحد من الناس بعينه ولا أدل على ذلك مما رواه البخارى رضى الله عنه عن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال لأسامة بن زيد لما شفع فى المرأة

المخزومية التى سرقت وأراد النبى ﷺ أن يقطع يدها : **«أتشفع فى حد من حدود الله يا أسامة ؟ إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»** ويدل على ذلك أيضا ما أخرجه البيهقى عن النبى ﷺ أنه قال : **«من حالت شفاعته دون حد من حدود الله تعالى فقد حاد الله فى حكمه»** .

الأمر الثاني : أن الناس جميعا لهم حق المطالبة بهذا الحق والدفاع عنه ومقاضاة كل من أخل بشىء من هذا الحق والشهادة عليه والمطالبة به صيانة لهذه الحقوق ومحافظة عليها . ولهذا كانت مشروعية الحسبة فى الإسلام .

القسم الثانى

حقوق العباد

٢٦٩- والقسم الثانى من الحقوق حق العبد الخالص أو حقوق الإنسان الخالصة:

وحقوق الإنسان الخالصة تتناول كل ما شرعه الله سبحانه وتعالى لمصلحة الفرد ومنفعته الدنيوية وذلك كحق الفرد فى بدل المتلفات الخاصة به وكحقه فى ملك النكاح (أى منفعة البضع وحده دون غيره) والطلاق وكذلك المبيعات التى هى له وأثمانها . وكل هذه الحقوق إنما ترجع أولاً وأخيراً إلى مصلحة خاصة بالفرد دون سائر الأفراد - ومن ثم يجوز له أن يبيع ماله لغيره لأنه ملكه وله حرية التصرف فيه لأنه ملكه حسبما قرره الشرع وهذا الحق ينقسم إلى نوعين :

<u>النوع الأول</u> : حقوق عامة وهى التى لا تتعلق بفرد بعينه بل هى التى يترتب عليها مصالح عامة لكل أفراد المجتمع بأسره دون غيره - وذلك كالمرافق العامة فى الدولة كوسائل النقل والمواصلات والمستشفيات الحكومية والأرض الموات ، فلكل فرد الانتفاع بهذه الأشياء طبقا للقواعد الموضوعة لعامة الناس . وعمومية الحقوق هنا مرجعة إلى أن الانتفاع بها ثابت على سبيل الشركة بين الأفراد جميعهم كما أن الدفاع عن هذه المرافق وصيانتها والحرص عليها ليس مسئولية فردية وإنما هو مسئولية المجتمع كله وولى الأمر ينوب عن المجتمع فى ذلك .

<u>النوع الثانى</u> : من الحقوق المتعلقة بالإنسان هى الحقوق الخاصة وهى تلك التى يترتب عليها مصلحة خاصة بفرد أو بأفراد معينين ومن أمثلة ذلك الحقوق الزوجية والشخصية وحقوق الملكية الخاصة فإن لصاحب الملك أن يتصرف فيه منفرداً وبإرادته الخاصة بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو الهبة أو القرض بدون تدخل من إرادة أخرى تمنعه من تصرفه ما دام فى نطاق الشرع الذى رسمه الله ولصاحب الحق هذا للمطالبة به وحده أو بمن ينيبه فى ذلك وكذلك لصاحب الحق إسقاطه كله أو إسقاط بعضه عن الغير إن كان من الحقوق القابلة للإسقاط كالدين الواجب الأداء .

القسم الثالث

الحقوق المشتركة بين الله وعباده

٢٧٠- **وسميت** الحقوق الداخلة تحت هذا القسم مشتركة لأنها تمثل الحقين معًا حق الله سبحانه وتعالى وحق العباد ولما كان أحد الحقين قد يغلب على الآخر لخصوصية فيه فقد انقسم هذا القسم إلى نوعين :

٢٧١- **الأول** : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب ومثال ذلك حد القذف فحق الله فيه هو الزجر الذى يعود نفعه على المجتمع كله وحق العبد فيه هو صيانة عرضه من الأذى ودفع العار عنه وقد غلب الفقهاء هنا حق الله على حق العبد لأن حق الإنسان فى صيانة عرضه يحرص عليه الشارع وهو الله سبحانه وتعالى حماية لكل المجتمع وقد تولى الله تشريع العقوبة التى تمنع الخوض فى أعراض الناس ، ولأن حد القذف ما وجب إلا للقذف بالزنا كما هو الشرط فى حد القذف وحرمة الزنا كما سبق أن قررنا فى حق الله أن حد الزنا من الحقوق الخالصة لله سبحانه وتعالى فكان مقتضى هذا أن يكون الحد الواجب خالصا لله أيضا بما لله عز وجل من ولاية على حقوق العباد .

فنحن إذا نظرنا إلى الوجه الأول وهو كون الحد خالصا لله تعالى يكون الحق ، كله لله سبحانه وتعالى .

ولو نظرنا إلى الوجه الثانى لوجدنا أن لله سبحانه وتعالى نصيبًا فى حق العبد يجعله تابعا لحق الله وخاضعًا له لأنه ما من حق إلا ولله فيه نصيب ، لأنه صاحب الأمر والنهى ومصدر التكاليف الشرعية ولذا فإن معظم هذا الحق ثابت لله سبحانه وتعالى بدليل أن أمر استيفاء حد القذف موكول إلى الإمام ، دون غيره وليس للعبد المقذوف وهو صاحب الحق الذى له مصلحة أكيدة فى صيانة عرضه أن يستقل باستيفاء العقوبة المقررة على جريمة انتهاك عرضه وهى القذف بالزنا فى معرض التعيير بل لو فعل ذلك اعتبر متعديا على غيره ولم يكف فى

تنفيذ الحد ويعزر على تعديه وافتياته على حق الإمام الذى يمثل الجماعة ثم يعاد تنفيذ الحد من جديد وبذا لا يجوز العفو عن حد القذف بعفو المقذوف عن الجانى وهذا هو رأى الإمام أبى حنيفة . أما الإمام الشافعى وابن حنبل فإنهما يغلبان حق العبد على حق الله فى حد القذف وعلى هذا يجوز العفو عن العقوبة حتى إقامة الحد فإن عفا المقذوف سقط الحد عن القاذف ، أما إذا لم يعف فإنه لا يُطالب بالعفو وليس لولى الأمر العفو عن العقوبة أو استبدالها بغيرها أو إنقاصها عن القدر المقرر لها وهو ثمانون جلدة كما نص على ذلك القرآن ، فى قوله تعالى : **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾** .

ويتفق الإمام مالك مع الشافعى وأحمد من وجه ومع الإمام أبى حنيفة من وجه آخر فهو يغلّب حق العبد قبل الشكوى ويغلب حق الله تعالى بعد الشكوى ولذا عنده لا يجوز العفو بعد إجراء السير فى الدعوى أو الحكم فيها .

وحين يثبت الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أن الحق لا يقبل التغيير من الأفراد ، ولا يقبل الإسقاط وتعتبر العقوبة فى الشريعة حقا لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الأمن لهم والسلامة .

فكل جريمة يرجع فسادها للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقًا لله تأكيدًا لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والصيانة لأن اعتبار العقوبة حق لله يؤدى إلى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة أو أحد لها .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون أن كل حق فى الجماعة يخص الفرد الخالص يعتبر حقًا لله تعالى لأن كل حكم شرعى إنما شرعه الله ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره ويجتنبوا نواهيه ويعملوا بشريعته فكان فيه حق الله من هذا الوجه ولو قيل إن حكما ما يرتب حقا مجردا للفرد فإن هذا القول لا يعتبر صحيحًا على إطلاقه

وإنما يصح إذا قلنا حق العبد فى الأمور الدنيوية . كـذلك فإن ما يعتبر خالصًا لله فإنه يمس مصالح الأفراد دون شك لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصالح الأفراد فمـثلا الإيمان بالله والعبادات الخالصـة حق لله وحده ، بلا نزاع إلا أن مصلحة الفـرد مراعاة فيها بلا نزاع أيـضا لأنها وسيلته للارتفـاع من الحضيض وبهيمية الإنـسان وعبودية الفرد إلى الحرية والعزة والكرامـة والاستفادة الكاملة بكل مظاهر الحياة ونعمها التى خلقها الله سبحانه وتعالى لكل الناس .

وأيضا فـإن الأموال مع أنها تملك الانســان وله حق التصرف فيـها إلا أن ذلك مقيد بـأمور تجعل تصرف الناس فى أموالـهم محققًا لمصالحـهم وعدم الإضرار بغيرهم ولذا فـلا يجوز للإنسان ولا يحق له أن يتصـرف فى ماله بالإهلاك أو الإحراق أو الإغراق ، لمـا فى ذلك من ضرر بنفســه وغيره ممن لهم حـقوق أو سيـترتب لـهم حقـوق فيمـا بعد كـالورثة والفـقراء ولا ضرر ولا ضـرار فى الشريعة. كما أنه لا يجوز لهذا الشخص صاحب الحق أو الملك أن يتعسف فى استعمال حقه بحيث يضر الآخرين وهو ما يسمى فى الفقه الإسلامى حسب ما قرره الفقهـاء من قواعد بقولهم : للفرد التـمتع بحقه ومزاولته والتـصرف فيه بشرط عدم مجاوزة نطاق هذا الحق كما قررته الشريعة الإسلامية .

٢٧٢- النوع الثانى من الحقوق المشتركة : ما اجتمع فيه الحقان حق الله وحق العبد وحق العبد غالب وذلك كالقصاص فى الـنفس وما دونها فإن حق الله سبحانه وتعالى فيه هو المنع من ارتكاب جريمة القتل والجرح والاعتداء على النفس بأى نوع من الأذى مما يتضرر منه الإنسان يدل على ذلك قوله تعالى : **﴿ولكم فى القصـاص حياة يا أولى الألـباب لعلكم تتـقون﴾** . ولأن الله قد شرعـه للزجر وإخلاء العالم من الفساد (١) .

---

(١) راجع للمؤلف «الوسـيط فى جريمتى الزنا والقذف» ، والحقـوق والواجبات فى الإسلام للدكتـور محمد رأفت عثـمان ، «والعلاقات الـعامة والخاصـة فى الإسلام» للدكاتـرة نصر فريد واصل ، ويوسف عـبد المقصود ، ومحمد مـحمد عبد اللطيف ، مبحث الحق والواجب للدكتور مـحمد عبد اللطيف . وراجع ايضًا جميع كتب أصول الفقه الإسلامى فى مباحث الحكم الشرعى وتقسيماته وأنواعه .

أما حق العبد فيه فهو تشفى الورثة لدم القتيل وتعويضه عما فات من الانتفاع بحياة مورثهم فى حالة التعدى بالقتل وتشفى النفس المعتدى عليها عند أخذه بحقه من المعتدى بمثل ما أصابه من الضرر فى حالة التعدى بما دون القتل قال تعالى : **﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾**. وهذا من باب المشاكلة ولقوله تعالى : **﴿السن بالسن والجروح قصاص﴾**. وإنما كان حق العبد هنا هو الغالب لأن استيفاءه متوقف على طلب صاحب الشأن أو ولى الدم ودعوته ولأن لولى الدم. أوصاحب الشأن أن يقوم بالاستيفاء بنفسه إذا كان يحسنه ويقدر عليه ولكن الله سبحانه وتعالى قد ندب إلى العفو والصلح بقوله جل شأنه **﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾** وقوله **﴿فمن عُفِىَ له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾** .

ومن هنا كان للعبد التنازل عن حقه فى القصاص أو العقوبة المقررة شرعا للاعتداء عليه فى أى مرحلة حتى تنفيذ العقوبة لأن الحق حقه والضرر قد أصابه وحده لكن ليس معنى ذلك سقوط العقوبة عن الجانى مطلقا لأننا بيّنا أن جميع الحقوق فيها حق لله وحق الفرد وحق الله هو المجتمع ومن هنا فإن لولى الأمر وهو الحاكم إذا عفا صاحب الحق عن حقه أن يعزر القائل إذا عفا الورثة عن القصاص إلى الدية أو بدونها وكذا إذا تنازل المجنى عليه لأنه لا يلزم من هذا التنازل إسقاط حق الله سبحانه وتعالى لأن لولى الأمر أن يعزر القاتل أو مرتكب الجريمة الموجهة للتعزير من باب صلاح المجتمع واستيفاء الأمر بشرط ألا تصل عقوبة التعزير إلى حد العقوبة الأصلية المقررة حسب ما قرره جمهور الفقهاء .

الفهـــرس

صفحة

صفحة

صفحة

المكتبة التوفيقية
أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة الأستاذ الدكتور/ نصر فريد محمد واصل

مفتي جمهورية مصر العربية

١- ولد فضيلته بميت بدر حلاوة - مركز سمنود - محافظة الغربية في ١٩٣٧/٣/٩.
٢- حصل فضيلته على الأجازة العالية من كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٩٦٥.
٣- ثم حصل فضيلته على الماجستير في الفقه المقارن سنة ١٩٦٧.
٤- ثم حصل فضيلته على الدكتوراه في الفقه المقارن سنة ١٩٧٢.

التدرج الوظيفي:

١- عين فضيلته بالنيابة العامة بالقاهرة سنة ١٩٦٦ حتى سنة ١٩٧٢، ثم عضواً بهيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون قسم الفقه سنة ١٩٧٣، ثم أستاذاً مساعداً بقسم الفقه سنة ١٩٧٨، ثم أستاذاً بالقسم سنة ١٩٨٣، ثم رئيساً للقسم نفسه سنة ١٩٨٣، ثم عميداً لكلية الشريعة والقانون بأسيوط سنة ١٩٨١ حتى سنة ١٩٨٣، ثم رئيساً لقسم الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ثم عميداً لكلية الشريعة والقانون بالدقهلية سنة ١٩٩٥.
٢- أعير فضيلته خلال عمله بجامعة الأزهر رئيساً لقسم الفقه بكلية الشريعة جامعة صنعاء من سنة ١٩٧٦ حتى سنة ١٩٨٠.
٣- ثم أعير أستاذاً بالدراسات العليا - قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة من سنة ١٩٨٤ حتى سنة ١٩٨٨.
٤- ثم أعير أستاذاً بالدراسات العليا - بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض من سنة ١٩٩٢ حتى سنة ١٩٩٤.
٥- عين فضيلته مفتياً لجمهورية مصر العربية في ١٩٩٦/١١/١٠.



هذا الكتاب

من أهم الكتب العلمية الإسلامية التي تهتم بالدراسة العامة التي لابد منها لمعرفة الشريعة الإسلامية معرفة صحيحة عقيدة وشريعة وعلاقة الدين الإسلامي بالديانات الإلهية السابقة وسبب كونه جاء خاتمًا لهم، وعلاقة الفقه بالشريعة والعقيدة.

وفيه معرفة الفرق بين فقه الشريعة الإسلامية وفقه النظم الوضعية، والرد على الشبهات التي تدعي أن الفقه الإسلامي مأخوذ من الفقه والقانون الروماني وبيان أن العكس هو الصحيح بالدليل.

وفي الكتاب التطور التاريخي للنظام التشريعي والفقهي في الشريعة الإسلامية وأسباب اختلاف الفقهاء وظهور المذاهب الفقهية. والتعريف بأهم المؤسسين لها.

وفي الكتاب دراسة لمصادر الأحكام الشرعية الأصلية والفرعية عند الفقهاء.

وفي الكتاب دراسة لأهم القواعد الكلية والنظريات العامة الفقهية مع دراسة مفصلة عن نظرية العقد في الشريعة الإسلامية مبينًا فيها الأهلية وعوارضها، ونظرية الحق والواجب والآثار المترتبة على تقسيم الحقوق في الشريعة الإسلامية عند الفقهاء.

وبهذا كان الكتاب وثيقة علمية ومهمة للباحث الإسلامي وللمكتبة الإسلامية على حد سواء.

دكتور

نصر فريد محمد واصل

المكتبة التوفيقية

أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين

ت: ٥٩٠٤١٧٥ - ٥٩٢٢٤١٠